

THÈSE DE
LYON.
1885
N^o. / .

DU PÉCULE ADVENTICE

DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS DES ENFANTS MINEURS

PENDANT LE MARIAGE DE LEURS PÈRE ET MÈRE

Droit Romain. — Ancien Droit. — Droit Français
Droit Étranger.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 1^{er} Juillet 1885

PAR

LOUIS CHARDINY

Licencié ès-lettres, lauréat de la Faculté, lauréat du Concours général de 1880.

Avocat à la Cour d'appel de Lyon.

LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND

3, rue Stella, 3

1885



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
DE DOCTORAT

JURY DE LA THÈSE

Président : M. FLURER, professeur.

Suffragants : M. APPLETON, professeur.

— M. SAUZET, agrégé.

— M. BERTHÉLEMY, agrégé.

DU PÉCULE ADVENTICE

DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS DES ENFANTS MINEURS

PENDANT LE MARIAGE DE LEURS PÈRE ET MÈRE

Droit Romain. — Ancien Droit. — Droit Français.
Droit Étranger.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 1^{er} Juillet 1885

PAR

LOUIS CHARDINY

Licencié ès-lettres, lauréat de la Faculté, lauréat du Concours général de 1880,

Avocat à la Cour d'appel de Lyon.

LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND

3, rue Stella, 3

—
1885

A MON PÈRE. -- A MA MÈRE.

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

Quelque immuables et universelles que soient en théorie les institutions de droit naturel, il est certain que chaque peuple, en leur donnant la sanction positive, les marque profondément de l’empreinte de sa nationalité; comme il les formule avant tout pour lui-même, il les accommode à l’état de ses mœurs, de ses habitudes et de sa civilisation; parfois même il va jusqu’à en dénaturer complètement le principe, et à les organiser à rebours des saines données de la raison et du droit naturel.

La Puissance paternelle est une de ces institutions essentielles et fondamentales (1), dont les règles générales semblent, au premier abord, avoir dû présenter en tout temps et en tout lieu

(1) « Les enfants de famille sont en la puissance du père
« de droit divin avant la loi écrite; car autrement Abraham
« n’eût pas été assuré de l’obéissance d’Isaac, qu’il voulait
« immoler déjà grand et puissant pour se défendre. » —
*Remarques d’Abraham Faber, sur les coutumes générales
de Lorraine.*

une certaine identité : et pourtant elle a reçu, plus qu'une autre peut-être, l'empreinte du génie individuel des différents peuples.

Tout le monde semble à peu près d'accord aujourd'hui pour reconnaître, que la Puissance paternelle est avant tout établie DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT. C'est un *pouvoir de protection*, ayant pour objet de mettre les parents en mesure de suffire à leur mission d'éducation physique et morale ; c'est un droit parce que c'est un devoir, et ce n'est un droit que dans les limites mêmes de ce devoir. L'autorité n'existe que parce que la protection est nécessaire. L'éducation étant le but, et la puissance n'étant que le moyen, celle-ci ne doit comprendre que les droits nécessaires au bien de l'éducation ; elle doit cesser, avec sa raison d'être, à la majorité (sauf, bien entendu, l'hommage de respect et de déférence qu'exige la qualité d'ascendant).

Ces bases rationnelles de l'autorité du père ont pourtant été méconnues par presque tous les peuples de l'antiquité, et par le peuple romain plus que tout autre. La *patria potestas* romaine était un despotisme rigoureux, établi DANS L'INTÉRÊT DU PÈRE, lequel avait à tout âge un pouvoir absolu sur la personne et sur les biens de ses enfants : sur la personne, droit de vie et de mort ; sur les biens, droit d'absorber à son profit toute acquisition faite par le *filius familias*, en vertu du

principe : « *Quidquid ex meâ re venit, meum est* ». L'enfant, en effet, était *sa chose*, et il avait sur lui des droits analogues à ceux du maître sur l'esclave, du propriétaire sur la chose corporelle en son dominium. — L'intérêt du père n'était pas, d'ailleurs, le but dernier de l'institution ; il y avait plus haut et derrière lui *l'intérêt de l'Etat*. Bien qu'appartenant au droit privé, la *patria potestas* était conçue dans un but essentiellement politique : elle était en parfaite harmonie avec l'organisation générale de la cité, et avec le caractère rude et autoritaire du peuple.

Les Romains en étaient fiers et se glorifiaient d'être la seule nation qui jouît de ce droit dans sa plénitude (Gaïus, I, 55 et 189). — C'était là une exagération. Sans parler des Hébreux, chez qui le père avait le droit de vendre son fils, des Perses et des Gaulois, qui lui accordaient également un pouvoir illimité et arbitraire sur la personne et sur les biens de ses enfants (Aristote, *Ethica Nicom.*, VIII, 10 ; César, *de Bello gallico*, VI, 19), il est plus que probable que l'organisation de la famille chez les anciens Latins était la même que chez les Romains (Tite Live, XLI, 8 ; Lex Salpensa, 22, 23, 29). — Cette omnipotence du père de famille est, d'ailleurs, le principe même du régime patriarcal, et il n'est pas un peuple qui, en remontant à ses origines, ne puisse en retrouver la trace. — Ce qu'il y a de particulier à Rome,

c'est cette persistance, unique dans l'histoire, du gouvernement patriarcal jusqu'au sein d'une société avancée et d'un État fortement constitué.

— Les mœurs plus tempérées des Grecs, ou plutôt des Athéniens, les avaient au contraire amenés de bonne heure à concevoir pour le père l'idée d'une autorité plus douce, n'absorbant pas la personnalité de l'enfant, et ayant un caractère temporaire (Denys d'Halycarnasse, VI, 26 et 27 ; Démosthène, *C. Boetium*, II, 50, 51).

I. — Notre but, dans cette étude, n'est pas d'embrasser l'ensemble des transformations qu'a subies à tous les points de vue la Puissance paternelle, depuis les premiers temps de Rome jusqu'à nos jours. Nous laisserons de côté tout ce qui a trait au pouvoir du père sur la *personne* de ses enfants, pour nous placer spécialement au point de vue des *biens*. — Remarquons seulement, en ce qui concerne la *personne*, que le principe équitable de la prédominance de l'intérêt de l'enfant eut peu de peine à triompher de la rigueur des lois primitives. Le pouvoir illimité du père, tempéré d'abord par l'affection paternelle même, modéré par l'opinion publique et par l'action des censeurs, fut de bonne heure atténué par des lois positives; sous Justinien, il se trouve réduit à un droit de correction modérée, exercé sous le contrôle de

l'autorité publique. Des garanties nouvelles ont été établies dans ce sens par les codes et la jurisprudence modernes ; et, quel que soit l'intérêt des questions qui sont encore journellement débattues, elles présentent un caractère plus philosophique que juridique, qui doit les faire écarter de cette étude.

En ce qui concerne les *biens*, le principe rationnel d'une organisation de la puissance paternelle, fondée exclusivement sur l'intérêt de l'enfant, a mis plus de temps pour se dégager des entraves rigoureuses de la législation primitive ; et il semble même qu'on ne soit pas encore arrivé aujourd'hui à le consacrer définitivement avec toutes ses conséquences.

Le système de la famille antique présentait, en effet, dans sa solide unité, une force de cohésion et de résistance qu'il était difficile de briser. Pendant les huit premiers siècles de Rome, la capacité juridique du fils de famille resta absolument paralysée. Il n'avait pas de biens personnels et n'en pouvait pas avoir : tout ce qu'il acquérait à tout âge, profitait au père, en la personne duquel se résumait et se concentrait la famille toute entière. — Sans doute et de tout temps, le *pater familias* put confier au *filius*, comme à son esclave, certains biens pour les administrer et faire valoir sous le nom de *pécule* : mais cette concession essentiellement révocable,

ne transportait au fils aucun des attributs du droit de propriété, et le pécule *profective* restait à tous égards compris dans le patrimoine du père.

C'est seulement sous l'Empire, et même sous le Bas-Empire, qu'une réaction sérieuse se produisit. — Nous ne dirons que quelques mots des pécules *castrense* et *quasi castrense*. Leur création ne procédait certainement pas d'une idée de justice, et n'avait pas pour but de restituer aux fils de famille leurs droits naturels trop longtemps méconnus : le pécule *castrense* naquit des besoins et des inquiétudes du despotisme militaire ; le pécule *quasi castrense* était le fruit des petitesesses de l'esprit de cour. — Tout autre fut le caractère du PÉCULE ADVENTICE. Créé au iv^e siècle par Constantin, sous l'influence des idées chrétiennes et philosophiques, au moment où le vieil édifice de la société et de la famille romaine croulait de toutes parts, le pécule adventice se fondait surtout sur cette considération, que « le père ne doit pas s'enrichir d'une fortune qui n'est pas son œuvre et qui ne lui a pas été destinée » ; il était accessible non seulement à certaines classes privilégiées, mais à tous, et même aux filles. Etabli d'abord à titre d'exception, et pour certains biens seulement, il devint ensuite, par des extensions successives, la règle générale ; aussi peut-on affirmer que, sous

Justinien, malgré l'assertion contraire des Institutes, le vieux principe de l'unité de patrimoine ainsi dire retourné. Désormais le fils de famille était pour acquiert *pour lui même* tout ce qui lui advient autrement que comme représentant ou gérant de son père.

C'est cette substitution progressive du principe nouveau au principe ancien, ce sont les nombreuses étapes qu'a parcourues l'institution du pécule adventice, avec les caractères, les effets et les règles diverses de ce pécule, que nous avons *seulement* l'intention d'examiner dans la PARTIE ROMAINE de cette étude. Mais les explications précédentes nous ont paru nécessaires, afin de replacer dans son milieu ce très important épisode de l'histoire de la Puissance paternelle.

II. Malgré tous ces progrès, la transformation de la famille inaugurée par la création du pécule adventice, était loin d'être complète. Le père, en effet, sauf de rares exceptions, conservait encore, pendant sa vie entière, sur les biens du fils, un droit d'usufruit et un pouvoir d'administration fort étendus et assez mal définis, contre lequel celui-ci n'avait pas de garanties suffisantes. Pour consacrer définitivement le principe nouveau, il fallait encore : 1° faire cesser ces droits du père à la majorité de l'enfant; 2° fixer d'une façon plus précise les règles de

l'administration ; 3° restreindre ou même supprimer, dès avant la majorité, le droit de jouissance légale.

Sur ces divers points, le DROIT ÉCRIT se trouva en face des COUTUMES qui, parties du principe opposé de l'intérêt de l'enfant, étaient arrivées, d'emblée et sans efforts, à en consacrer les différentes applications.

La législation coutumière, dont l'origine remontait au *mundium* des pays germains, appliquait en effet radicalement la règle plus tard formulée par la coutume de Senlis en ces termes restés célèbres : « Droit de puissance paternelle n'a lieu ». Elle assimilait presque le père à un tuteur aux biens, lui imposait certaines garanties analogues, faisait cesser ses pouvoirs à la majorité de l'enfant, et ne lui accordait en général le droit d'administrer les biens qu'à charge de rendre compte des revenus. — Les coutumes présentaient d'ailleurs sur tous ces points de nombreuses divergences, résultant soit des traditions locales, soit de l'influence des idées romaines, soit encore de la très grande extension qu'avait prise, dans tout le nord de la France, l'institution féodale de la garde.

Nous étudierons très rapidement les luttes, les contradictions et les empiètements respectifs des deux Droits qui se partageaient ainsi l'ancienne France, et nous essayerons d'en dégager les règles

de ce qu'on appelait parfois dès lors du nom de : *Légitime administration*.

Ce sera notre SECONDE PARTIE.

Elle sera suivie d'une étude des lois et projets de loi de la période révolutionnaire, ainsi que de la discussion et rédaction du Code civil. La Révolution se présente en général avec un double caractère, d'hostilité marquée pour le principe d'autorité, en même temps que de faveur évidente pour la reconnaissance et le développement des droits de l'individu. Ces idées, malheureusement poussées d'abord à l'exagération en notre matière, amenèrent ensuite, de la part des rédacteurs du Code civil, une réaction fâcheuse à certains égards. Tout en consacrant en principe les règles coutumières, ils ont cru devoir admettre l'usufruit légal afin de fortifier les pouvoirs du père. Nous ne croyons pas qu'ils aient abouti par là à rendre au père une autorité, que la réforme, des mœurs aurait seule pu reconstituer. L'usufruit légal est appelé à disparaître un jour ou l'autre de notre Code, comme il a déjà disparu de plusieurs législations étrangères. — Nous laisserons donc de côté tout ce qui touche à cet usufruit, et nous nous attacherons spécialement aux règles de l'administration.

III. — La *tutelle* du survivant des père et mère a été soigneusement réglementée par le Code et

les lois postérieures. Il n'en est pas de même de *l'administration des biens des enfants mineurs du vivant même de leurs parents* : Le Code ne contient à cet égard qu'une seule disposition, l'article 389. C'est à l'étude compliquée et difficile des règles de cette ADMINISTRATION LÉGALE, que sera exclusivement consacrée notre TROISIÈME PARTIE.

L'application de l'article 389 soulève de nombreuses controverses ; elle a donné lieu à des solutions fort contradictoires dans la doctrine et la jurisprudence. — Nous déterminerons d'abord les caractères généraux de l'administration légale, et discuterons les diverses systèmes d'interprétation proposés sur cet article. — Nous aborderons ensuite le détail des règles de cette administration. — Enfin nous parcourrons ses modes ordinaires et extraordinaires d'extinction ou de modification.

La conclusion forcée de cette étude, c'est qu'une loi nouvelle est actuellement nécessaire afin de protéger l'enfant.

IV. — Mais, il ne suffit pas de savoir ce qui se passe en France. La multiplicité des rapports internationaux, d'une part, et, d'autre part, la nécessité d'une réglementation nouvelle dans notre pays, nous amènent naturellement à jeter un coup d'œil rapide sur les LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. Nous y retrouverons, suivant les divers pays,

la trace des deux institutions rivales de la *patria potestas* et du *mundium*, la lutte des deux principes opposés de *l'intérêt du père* et de *l'intérêt de l'enfant*; nous verrons que les lois les plus récentes ont été partout promulguées, dans le sens d'une protection plus efficace des biens du mineur sous puissance paternelle.

Nous terminerons par le texte commenté des divers PROJETS DE LOI, proposés pour compléter ou remplacer notre article 389.

Ces textes formeront avec le droit comparé notre QUATRIÈME ET DERNIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN

DU PÉCULE ADVENTICE

(Code Just. VI, 60 et 61 ; Code Théod. VIII, 18 et 49 ; de bonis maternis et materni generis ; de bonis, quæ liberis in potestate patris constitutis, ex matrimonio, vel alias adquiruntur, et eorum administratione). (1).

CHAPITRE PREMIER

Antécédents et origine du Pécule adventice.

L'institution du pécule adventice (2) ne devint régulière et générale qu'à partir de Constantin et de la loi 1, au Code, de bonis maternis, qui date de l'an 1070 (316 après J.-C.). Mais on peut trouver,

(1) Pour les constitutions antérieures à l'année 438, nous citerons de préférence le Code Théodosien. Le Code de Justinien contient en effet de nombreuses interpolations et coupures, qui ne permettent pas de suivre et d'expliquer historiquement les progrès successifs du pécule adventice.

(2) L'expression de *pécule adventice*, créée par les commentateurs, sans doute par analogie de la dot, n'est pas plus romaine que celle de pécule *profectice*. Les textes se servent en général des termes « *bona materna* », ou encore « *bona*

dans les lois antérieures, ainsi que dans les nombreuses atteintes déjà portées, depuis plusieurs siècles, à la puissance paternelle primitive, des signes précurseurs de la réforme décisive que devait opérer la constitution nouvelle.

I. — La *patria potestas* des vieux Romains, avec son triple caractère d'unité de culte, de patrimoine, et de volonté aux mains du chef de famille, avait été transformée profondément et dans les mœurs et dans les lois ; l'idée de la *personnalité indépendante* et de la *capacité* du fils de famille s'était peu à peu dégagée des entraves originaires ; restait encore à lui reconnaître *l'aptitude à être propriétaire*.

Dès l'époque classique, le principe de l'unité de personne (3) entre le père et ses enfants sous puissance avait été restreint dans la mesure strictement nécessaire pour assurer l'unité de direction dans la maison.

quæ patri non adquiruntur ». — Justinien, dans la constitution 37, Code, de Inoffic. testam. III, 28, parle d'un *peculium paganum* qu'il oppose aux pécules *castrense* et *quasi castrense*. « Peculii, dit-il, triplex invenitur causa : Vel enim paganum est « *peculium*, vel *castrense*, vel quod medietatem inter utrumque « obtinet, quod quasi-castrense nuncupatur ». Mais on ne sait pas s'il entend désigner par ce terme de *paganum* les bona adventitia, ou s'il ne s'agit pas plutôt au texte du pécule primitif ou profectice. Dans l'incertitude, l'expression de pécule adventice, qui est simple et commode, et qui d'ailleurs n'a rien d'inexact, a été communément adoptée par les interprètes. — Ajoutons qu'il ne faut pas oublier dans l'étude du Corpus, que tous les textes qui parlent, sans préciser, du pécule du fils de famille, se réfèrent au pécule profectice.

(3) L. 11, C. VI, 26 : « Cum et naturâ pater et filius eadem esse persona intelligatur ». — Instit. III, 19 § 4.

Si, dans les rapports respectifs du chef et des membres de la famille, tout acte juridique, toute obligation civile (4), et par conséquent toute action (5) restaient en principe rigoureusement impossibles, on avait pourtant fini par admettre entre eux la possibilité d'une obligation naturelle (6). — Les donations entre père et fils, d'abord radicalement nulles (7) à raison de l'unité de personne, furent considérées par la suite comme valables, si elles n'étaient pas révoquées ante mortem (8). — Sans doute, tout ce que le fils acquérait, droits réels, droits d'obligations et même simple possession, était de plein droit acquis au père (9); mais en revanche, et comme compensation, les jurisconsultes et le préteur considérèrent de bonne heure le fils comme copropriétaire du patrimoine paternel (10), et le protégèrent contre le droit absolu de disposition accordé au père par la loi des Douze Tables (11).

Vis-à-vis des tiers, le fils de famille avait, dès les

(4) § 4 et 6, Instit. de inutil. stipul. III, 19 — L. 38 pr. Dig. de cond. indeb. XII, 6 — L. 2, pr. Dig. de contrah. empt. XVIII, 1, etc...

(5) L. 4 et 11, Dig. de judiciis, V, 1 — L. 16 et 17, pr. Dig. de furtis, XLVII, 2.

(6) L. 56 § 1, Dig. de fidej. XLVI, 1 — L. 38, pr., § 1, 2. Dig. de cond. indeb., XII, 6 — Savigny, *Syst.* II § 67; Machelard, *Oblig. natur.* p. 132 à 150.

(7) *Fragm. Vatic.* 295 — L. 2, § 2, Dig. pro herede, XLI, 5; L. 1 § 1 Dig. pro donato, XLI, 6.

(8) *Fragm. Vatic.* 277, 281, 294-296 — Paul, V, 11, 3.

(9) Gaius II, 86, seq., 96 — Instit. per quas pers. II, 9 et III, 28.

(10) Gaius II, 157 — L. 11, D. De lib. et post. XXVIII, 2.

(11) Nécessité d'exhérédation, querela inofficiosi testamenti, querela inofficiosæ donationis, etc...

premiers temps, obtenu la reconnaissance de sa pleine capacité juridique : 1^o il s'obligeait valablement et directement lui-même par ses contrats (12), (le père n'étant tenu que subsidiairement en vertu des actions *adjectitiæ qualitatis*); — 2^o il était personnellement responsable de ses délits (13), et le père cessa d'en être tenu noxaliter dès le III^e siècle. — Il est vrai qu'en général les poursuites, à raison de ces diverses obligations, n'étaient efficaces, pour les créanciers, qu'après que leur débiteur fût devenu *sui juris* (14); — 3^o il pouvait très régulièrement figurer en son nom personnel dans une instance, non seulement comme défendeur (15), mais encore comme demandeur, au moins lorsqu'il ne s'agissait pas d'action impliquant une formule *in jus concepta* (16). La formule *in factum* lui était permise (17), et à partir du III^e siècle, il put librement recourir aux *cognitiones extraordinariæ* (18); — 4^o Enfin, en ce qui concerne l'application du droit public, le fils de famille avait été de très bonne heure reconnu indépendant et libre de tout lien d'autorité (19). Il était

(12) *Instit. de Action.* iv, 6, § 10 — L. 10, § 2, *Dig. de fidej.* xlv, 1. — *Sénatus-Consulte macédonien.*

(13) L. 39. *Dig. de oblig. et act.* xlv, 7 — L. 57, de *Judiciis*, v. 1 — *Gaius* IV, 75-78 — *Instit.* iv, 8, § 7.

(14) *Machelard, Oblig. natur.* p. 103 et suiv. — L. 5, pr. *Dig. quod cum eo*, xiv, 5.

(15) Loi 57, *Dig. de judiciis*, v, 1. — L. 10 § 2, *Dig. de fidej.* xlv, 1.

(16) L. 22, pr. *Dig. de inoff. testam.* v, 2 — L. 17 § 10, *Dig. de injuriis*, xlvii, 10.

(17) *Gaius* IV, 47; L. 9 et 13, *Dig. de oblig. et act.* xlv, 7.

(18) L. 17. *Dig. de rebus creditis*, xii, 1.

(19) *Aulus-Gelle* II, 2 — *Tite Live*, XXIV, 44 — *Cicéron*, de *inventione*, ii, 7 — *Denys d'Halycarnasse* II, 26.

à ce point de vue assimilé à un *pater familias*. Comme magistrat, il pouvait commander même à son père, et l'élévation à certaines dignités éteignait définitivement la puissance paternelle (20). Enfin sa qualité d'*alieni juris* n'était pas incompatible avec celle de tuteur (21).

Ajoutons en outre la disposition de la loi Julia, et la constitution d'Antonin qui permettaient à l'enfant sous puissance, de forcer son père à le marier et à le doter (22); le droit qui lui avait été reconnu d'exiger des aliments (23); l'obligation imposée en certains cas au père de l'émanciper (24), jointe au droit de succession accordé par le prêteur à l'émancipé (25); l'impossibilité pour le père, en cas d'hérédité déferée au fils, de contraindre la volonté de celui-ci à une acceptation, ou d'y substituer la sienne propre (26); enfin mille autres réformes éparses dans le Digeste, qui toutes avaient indirectement pour résultat, sinon pour but, de mettre de plus en plus en relief la personnalité indépendante du fils de famille, et de dégager l'idée nouvelle de sa volonté libre, de sa capacité et de sa responsabilité. Il restait un grand pas à faire dans cette voie de

(20) Gaius I, 130 — Ulpien X, 5.

(21) L. 9, Dig. de his qui sui vel alieni juris sunt, I, 6.

(22) L. 19, Dig. de ritu nuptiarum, XXIII, 2.

(23) L. 5, Dig. de agnosc. vel alend. lib. XXV, 2.

(24) L. 5, Dig. Si a par., XXVII, 12. — L. 92, 93, Dig. de cond. et dem. XXXV, 1 — Paul, IV, 13.

(25) Instit. II, 13 § 3, et III, I, § 9. — Dig. de collatione bonorum, XXXVII, 6.

(26) L. 13 § 3, Dig. de adquir. vel omit. hered. XXIX, 2 — L. 33 Dig. de fid. XLVI, 1.

progrès incessants, c'était de lui reconnaître le droit d'être propriétaire.

II. — D'après les purs principes du droit civil, tous les biens acquis, à quelque titré que ce fût, par les membres de la famille, étaient absorbés et concentrés dans les mains du *pater familias*, qui seul en était légitime propriétaire. — Il ne faut pas oublier, pourtant, comme le fait très bien remarquer Ihering (27), que très souvent les faits étaient en désaccord avec la rigueur du droit. Sans partager son enthousiasme pour ce qu'il appelle « l'occlusion extérieure, et la concentration intérieure de la maison romaine, cet oasis plein de fraîcheur dans le désert aride du droit », il faut reconnaître avec lui que la tyrannie domestique du *pater familias*, qui semblerait résulter de l'exposition théorique du droit, devait être profondément atténuée dans les usages de la vie pratique (28).

En fait, beaucoup de *filiï familias* possédaient déjà, du vivant de leur père, une fortune importante; cette fortune pouvait provenir, soit de biens que leur avait confiés leur *pater* et qu'ils avaient fait fructifier, soit du produit de leur travail et de leurs gains personnels, soit encore de la dot de leurs femmes (29); tous biens dont le *pater familias*, seul en droit propriétaire, leur abandonnait communément la jouis-

(27) *Esprit du droit romain*, II, § 36 et 37.

(28) Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes* — Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 108, 125 et seq.

(29) La dot de la femme du fils de famille n'était d'ailleurs pas comprise dans la succession du père, et passait directement, au décès de celui-ci, dans les mains du fils.

sance et la disposition. Ils avaient un train de maison propre, et faisaient souvent des dépenses considérables, sans que leur incapacité de posséder une fortune personnelle eût une conséquence pratique (30).

L'usage de constituer ces pécules avait l'avantage de simplifier pour le père l'administration d'un patrimoine considérable, et en même temps de préparer par la pratique le fils à devenir lui-même un bon pater familias. Sans doute, en droit, ce *pécule profectice* restait la propriété du père qui pouvait, arbitrairement et à tout moment, l'en dépouiller en tout ou en partie ; les biens qui le composaient devaient entrer dans le partage de sa succession, et pouvaient être saisis par ses créanciers. Mais, en fait, il devait être très rare que le pater familias, par pur caprice et sans motif urgent, enlevât tout à coup la fortune à un filius familias qui occupait une position prépondérante dans la vie et traitait ainsi son enfant moins bien que le maître ne traitait en général son esclave (31). Le fils conservait ordinairement jusqu'à la mort du père l'administra-

(30) Valère-Maxime V, 8, 2, et VI, 3. 1 — Tite-Live II, 41 — Cicéron, pro Roscio xv, 43 ; Cicéron mentionne le pécule de son client : « Certis fundis patre vivo frui solitus est » ; et il ajoute que c'était la coutume : « quod consuetudine patres faciunt ».

(31) Varron II. 10 — Fragm. Vatic. 261 — Térence, Phormio I, 1, 9, 12 — Plaute, Casin. 2, 3, 39, 40 — Plaute, Asin. 2, 4, 91. Le pécule était laissé à l'esclave même lorsqu'on le vendait ; en cas d'affranchissement, il était présumé lui être abandonné. S'il n'eût pas été d'usage de respecter le pécule, on ne comprendrait pas qu'un maître empruntât à son esclave, au lieu de lui enlever purement et simplement l'argent dont il avait besoin.

tion et la jouissance de son pécule profectice, avec de très larges pouvoirs, même avec le pouvoir d'aliéner (32), pourvu que ce ne fût pas à titre gratuit (33). Le plus souvent le père le lui léguaît par préciput; en cas d'émancipation, s'il ne le lui retirait pas expressément, il était censé le lui avoir abandonné en pleine propriété (34). Enfin, en vertu d'une constitution de Claude, le pécule profectice ne devait pas être compris dans le patrimoine paternel, lorsque celui-ci était saisi par le fisc (35).

Ces progrès et cette extension du pécule profectice donnaient déjà au *fil de famille* au moins l'apparence d'un *propriétaire*, et tendaient à effacer, peu à peu, l'incompatibilité primitive entre ces deux qualités; on pourrait même trouver, jusque dans les termes du langage chez les écrivains classiques, des traces fréquentes de cette transition dans les idées (36). Quant aux juriconsultes, ils n'hésitent pas à qualifier les fils de famille de *quasi domini, quodammodo domini*; c'est ainsi que Paul, dans la loi 11, de liberis et postumis (37), s'exprime dans les termes remarquables que voici: « In suis heredibus evidentiùs apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla

(32) L. 48 § 1, Dig. de peculio, xv, 1 — L. 28 § 2, Dig. de pactis, II, 14 — L. 34 pr. Dig. de nov. XLVI, 3 — L. 84, Dig. de Sol. XLVI, 2.

(33) L. 1, § 1^{er}, Dig. quæ res pignori xx, 3 — L. 7, de donationibus xxxix, 5.

(34) Fragm. Vatic. 260, 261 — L. 53, Dig., de Peculio xv, 1.

(35) L. 3 § 4, Dig. de minoribus iv, 4.

(36) C'est ainsi que les fils de famille sont fréquemment appelés, dans Plaute, heri et domini. Captiv., prol. 18 — Asin. II, 2, 63 — Capt. III, 5, 49.

(37) Dig. xxviii, 2.

videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, *qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*... Itaque, post mortem patris, non hereditatem percipere videntur, sed magis *liberam bonorum administrationem consequuntur*. »

III. — *Quasi-propriété de fait*, énergiquement démentie par le droit, voilà ce qui ressort de l'étude du pécule profectice.

Mais nous allons trouver *en matière de dot* la reconnaissance juridique d'un *vrai droit de propriété* en faveur de la femme mariée restée sub potestate patris.

Il ne s'agit nullement ici du prétendu droit de propriété, que, vis-à-vis du mari, certains textes sembleraient attribuer, durant le mariage, à la femme sur les biens dotaux (38); cette doctrine est aujourd'hui presque universellement rejetée : le mari est bien propriétaire de la dot (39). Mais nous voulons parler des droits qui appartiennent à la fille de famille, vis-à-vis de son père, sur l'action en restitution de dot.

La loi 3, § 4 et 5, de minoribus, iv, 4, oppose la dot, qui doit revenir en propre à la fille et qui n'est constituée que dans son intérêt, au pécule profectice, lequel n'est point acquis au fils et est avant tout constitué dans l'intérêt du père ; aussi Ulpien accorde-t-il, en certains cas, à la fille la *restitutio in integrum* qu'il refuse au fils ; et le motif de cette différence, c'est que « *dos ipsius filiæ proprium patri-*

(38) L. 75, Dig., de Jure dotium xxiii, 3. — L. 7 § 12, Sol. matrim. xxiv, 3 — L. 24 § 5 eod. — L. 30, Code, de Jure dotium.

(39) Inst. II. 8 — Dig., passim.

monium est (40) » ; tandis qu'en cas de pécule, « magis patris quam filii interest ». — L'action en restitution de la dot appartient à la fille de famille conjointement avec le père : « Ipsius et filiae dos est ; dos communis est patris et filiae », disent les lois 2 § 1, et 3, *solutio matrimonii*, xxiv, 3. — Elle lui appartient même plus qu'au père : « Non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest (41). » — Pendant le mariage, le père ne pourrait pas faire avec le mari des conventions qui porteraient préjudice aux droits de sa fille, « quoniam jam acquisita mulieri dos tum est » (42). C'est le consentement de la femme et non celui de son père, qui est exigé par la loi Julia pour l'aliénation du fonds dotal — A la dissolution du mariage, le père ne peut exercer l'action en restitution ni toucher les valeurs dotales, qu'avec le concours de sa fille, « adjecta filiae personâ » (43) ; celle-ci peut même parfois exercer elle-même ladite action, « si pater absens sit, vel suspectæ vitæ (44), vel furiosus (45), vel ab hostibus captus » (46).

Il y a évidemment dans toutes ces dispositions une idée commune, c'est que la dot, ou plutôt l'action en

(40) Voir item les lois 16 et 17 de *religiosis* xi, 7.

(41) L. 71, Dig. de *evictione* xxi, 2 — L. 4, Dig. de *collatione* xxxvii, 6.

(42) L. 28, Dig., de *jure dotium* xxiii, 3 — L. 7, Dig. de *Pact. dotal.* xxiii, 4. — L. 29, Dig. *Sol. matrim.* xxiv, 3.

(43) Ulpien vi § 6. Si la fille a été émancipée durant le mariage, elle a seule l'action en restitution (L. 31 § 2, 44, D. *Solutio matrimonii*).

(44) L. 8 pr. Dig. de *Procuratoribus* iii, 3.

(45) L. 22 § 10, Dig. *Solutio matrimonii* xxiv, 3.

(46) L. 22 § 11 eod. On pourrait retrouver dans la *collatio dotis* la même idée qui a dicté toutes ces dispositions.

restitution de la dot, constitue pour la fille de famille un véritable patrimoine. Sans doute les objets dotaux, une fois restitués, rentrent dans le patrimoine du père. Mais ils y rentrent avec une affectation spéciale à la fille ; ils y rentrent si bien pour elle et afin de lui faciliter un second mariage, qu'en l'an 208, l'empereur Sévère reconnaît qu'ils ne doivent pas être compris dans la confiscation des biens du père (47). Plus tard ils lui seront attribués exclusivement, à titre de pécule adventice dans le partage de la succession du père (48).

En ce qui concerne les biens paraphernaux (49), dont l'usage s'était considérablement étendu à l'époque classique, les textes ne semblent pas indiquer que, au moins pendant le mariage, le pater familias de la femme paraphernale eût sur eux un droit de disposition quelconque. — S'ils n'appartenaient ni au mari, ni au père, ils devaient donc appartenir à la femme. Ils formaient peut-être, au profit de celle-ci, une sorte de *peculium* irrévocable, surtout quand il s'agissait des « res quas solet secum habere in domo mariti », pour lesquelles l'usage ne peut pas être séparé de la propriété (49). — Les textes sont d'ailleurs trop peu explicites pour permettre de donner une solution certaine.

IV. — La création du *pecule castrans* par Auguste fut la première consécration officielle d'un droit de propriété en faveur du fils de famille.

(47) L. 2. C. J. Solutio matrimonio, v. 18.

(48) L. 1, § 11 et 12, Code, de rei uxoriæ actione, v, 13.

(49) L. 9, § 3, Dig. de jure dotium xxiii, 3. — L. 31 § 1 de Donationibus, xxxix, 5.

L'empereur (50), qui confisqua tant de terres pour les distribuer à ses soldats, s'aperçut aisément que ceux d'entre eux qui étaient filii familias ne les acquéraient pas pour eux-mêmes. Pour remédier à cet état de chose, il leur accorda les droits d'un pater familias sur tout ce qu'ils auraient acquis à l'occasion du service militaire. Cette faveur se perpétua en s'étendant sous ses successeurs.

Le pécule castrans échappait absolument au droit de disposition du père et au gage de ses créanciers ; il n'entrait pas dans le partage de la succession (51). Le soldat ou le vétérán avait sur lui un droit de propriété illimité avec toutes les conséquences qui découlaient directement ou indirectement de ce droit : Faculté d'en disposer tant entre vifs qu'à cause de mort (52), à titre onéreux ou à titre gratuit (53), droit d'emprunter sans se heurter aux prohibitions du Sénatus Consulte Macédonien (54), droit d'exercer, même malgré le père et même contre le père, toutes les actions dépendant du pécule castrans (55)... En un mot, on peut dire, dans toute la force du terme, avec la loi 2 de Sen. Cons. Maced. xiv, 6, que « filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur » (56). — Noublions pas en outre que

(50) Accarias I, 297.

(51) L. 12, Dig. de Castr. Pec. XLIX, 17.

(52) Le droit de tester, qui semblait plus exorbitant que celui de disposer entre vifs, ne fut accordé que plus tard, sous Adrien.

(53) L. 7, § 6, Dig. de donationibus XXXIX, 5.

(54) L. 1, § 3, Dig. de S. C. Maced. XIV, 6.

(55) L. 4, § 3, Dig. de cast. pec. — L. 15 § 1, 2, eod. tit. — L. 4, Dig. de judiciis v, 1.

(56) Pourtant, en cas de décès ab intestat, les bona castrensia du fils de famille n'étaient pas recueillis jure communi suc-

par des extensions successives le pécule castrans finit par comprendre des biens qui n'avaient pourtant aucun caractère militaire, par exemple la succession de la femme du soldat, si elle était échue à celui-ci pendant le service (57).

Il semble que ce fût une révolution; ce n'était qu'une simple réforme sans grande influence sur l'avenir : il ne faut pas oublier que le pécule castrans ne procédait nullement d'une idée de justice et de réaction contre l'arbitraire de la législation romaine en matière de puissance paternelle. Il était né des besoins du despotisme militaire, et n'était en réalité qu'un privilège, restreint à un nombre assez limité de personnes; car les armées de l'Empire, à partir du deuxième siècle, étaient surtout recrutées parmi les peuples barbares, auxquels les lois romaines étaient inapplicables. — Il ne faut donc pas s'exagérer, l'influence de la création du pécule castrans sur le progrès et le développement général de l'idée de propriété en faveur du fils de famille; c'était une exception, qui ne valait que comme telle et laissait intact le principe, et ce n'était pas une de ces exceptions, qui, fondées sur l'équité, finissent, peu à peu et par des extensions successives, par absorber la règle générale. Sans doute le pécule quasi-castrans fut créé à son image. Mais ce ne furent jamais l'un et l'autre que des faveurs réservées à une catégorie de citoyens. — Quand ils s'agit de créer une institution présentant un caractère incontestable d'équité et de généralité, on ne chercha pas à étendre à tous

cessionis. Le père les prenait jure peculii. Justinien (Instit. II, 12) modifia cette règle (Quest. Controv.).

(57) Lois 13 et 16 Dig. de Peculio.

ce que le pécule castrans avait accordé à quelques-uns, on dut créer de toutes pièces un pécule nouveau: ce fut le pécule adventice. Et l'on attendit trois siècles avant d'en sentir impérieusement la nécessité, si faible avait été l'influence du pécule castrans sur le développement général des droits des fils de famille.

V. — Dans cet intervalle de trois siècles, on peut signaler plusieurs autres exceptions intéressantes, mais toutes ayant plus ou moins un caractère de spécialité et de faveur.

1° C'est ainsi que, si l'on en croit quelques auteurs (58) et plusieurs textes d'Ulpien (59), on devrait reconnaître, dès l'époque de l'empereur Adrien, l'existence d'un *pécule quasi-castrans*, comprenant les acquisitions faites par le fils de famille à l'occasion de certaines fonctions à la cour du prince. Mais la majorité des interprètes considère ces textes d'Ulpien comme interpolés, et fait seulement dater le pécule quasi-castrans de la constitution 1, au Code, de *castrensi omnium palatinorum peculio*, qui fut promulguée par Constantin en l'année 320, p. J.-C. (60).

(58) MM. Vangerow, Lehrb. I, 225, Van Vetter II, 311.

(59) L. 1, § 6, Dig. Ad. S. C. Trebell. xxxvi, 1. — L. 3, § 5, Dig. de bon. poss. xxxvii, 1. — L. 4, § 15, Dig. de collat. xxxvii, 6. — L. 7, § 6, Dig. de donat. xxxix, 5.

(60) Le principal argument en faveur de l'interpolation consiste à dire que les deux premiers de ces textes présentent le pécule quasi-castrans comme pouvant aussi bien que le castrans faire l'objet d'un testament; tandis que le droit de tester sur ce pécule quasi-castrans n'a été accordé en général aux fils de famille qu'à partir de Justinien (loi 33, Code, de inoff. testam. iii, 28). Mais il faut remarquer que ce droit de tester était déjà fréquemment concédé à titre de privilège, et que les

2° La loi 3 § 7, de minoribus, iv, 4, semble admettre la possibilité d'un legs qui, de même que le pécule castrans, serait *personæ cohærens*, et dans lequel le fils « non patri acquireret, sed ipse haberet ». Mais les textes ne citent aucun exemple à l'appui (61).

3° Le fragment 52 pr., Dig., de acquirendâ vel omittendâ hereditate (xxix, 2), prévoit l'hypothèse où une succession est déferée à un fils de famille dont le père est fou. L'empereur Antonin permet au fils de faire adition, et déclare qu'il sera traité relativement à cette hérédité comme un pater familias, que, notamment, il pourra affranchir les esclaves héréditaires. Le fragment est extrait des œuvres du jurisconsulte Marcien. Il est vrai qu'Ulpien (loi 8, pr., § 1, Dig. de his qui sui vel alieni juris sunt, i, 6), paraît donner la solution contraire (62). — En cas *d'absence du père*, on devait sans doute traiter le fils de famille aussi favorablement qu'en cas de *folie*.

4° On avait admis que le père, chargé d'un *fidéicommiss* vis-à-vis de son fils sub potestate, pouvait être forcé par celui-ci, devant le prêteur fidéicom-

deux textes en question se placent seulement dans l'hypothèse où un testament aurait été fait, sans affirmer l'existence pour tous du droit de le faire. — Ajoutons que le par. 6, Inst. ii, 11, attribue la création de ce pécule *tam ex anterioribus legibus, quam ex principalibus constitutionibus*.

(61) Il est certain, d'autre part, que l'on ne pouvait pas insérer dans un legs la condition qu'il ferait partie du pécule castrans (L. 8, Dig. de castr. pec.)

(62) « Adeo retinet jus potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum ejus quod filius adquisivit ». — Il ne faut pas oublier que, dès l'époque d'Antonin, on avait reconnu au fils le droit d'être curateur du père fou ou prodigue. La qualité de premier agnat l'avait emporté sur celle de fils.

missaire, à faire adition du legs ou de l'hérédité (63); mais pendant sa vie il était dispensé de fournir caution. Dans la loi 50, Dig., ad S. C. Trebellianum, (xxxvi, 1), l'empereur Adrien, pour punir un père qui dissipait le fidéicommis de son fils, le prive de la propriété des biens compris dans ce fidéicommis, et l'attribue à l'enfant resté pourtant sous puissance « ne quid in eâ pecuniâ, quandiu filius viveret, juris haberet ». Le fils, assimilé à un militaire, exercera activement et passivement toutes les actions réelles ou personnelles, comme un véritable pater familias (64).

5° Citons enfin, dans le même sens, la loi 92 in fine, Dig., de Conditionibus et demonstrationibus (xxxv, 1), qui prévoit l'hypothèse suivante : Une femme a institué héritiers ses petits-fils, leur a donné comme cohéritier son fils, avec substitution réciproque, et « rogavit filium ut filios emanciparet ». L'empereur Sévère force le fils à émanciper les petits-fils et à leur restituer l'hérédité.

(63) L. 16, § 11, Dig. Ad S. C. Trebellianum xxxvi, 1.

(64) D'après le testament, le père devait restituer l'hérédité à son fils dans le cas où celui-ci cesserait d'être in potestate suâ. L'empereur, à raison de la dissipation frauduleuse du père, supprima la condition, « damnum conditionis propter fraudem inflixit ». — Si la loi 50, h. t. prévoit une faveur spéciale faite à un fils de famille, il ne faut pas oublier qu'elle fait allusion à une institution plus générale, très favorable au fils, le *fidéicommis post mortem heredis*. Le père héritier fiduciaire ne pouvait tester sur les biens grevés, et les aliénations par lui consenties pouvaient être révoquées après sa mort par le fils appelé contre les tiers acquéreurs. L'institution du fidéicommis, *post mortem heredis*, était ainsi un moyen assez commode de tourner la loi d'absorption par le père de tous les biens légués à ses enfants sous puissance.

VI. — Ces différents textes sont tous relatifs aux hérédités testamentaires et aux legs. C'est, en effet, en matière de testament, que le principe de l'acquisition, au profit du père, de tout bien dévolu à l'enfant, souleva dès l'abord les objections les plus graves. La succession, destinée à l'un, allait grossir le patrimoine de l'autre, contrairement aux intentions les plus formelles du défunt. Or il était de règle à Rome de faire prévaloir en toute chose et avant tout la volonté du testateur : « Uti legassit, ita jus esto. » Il y avait là deux principes absolument contradictoires, qu'il était impossible de combiner entre eux.

Spécialement, en ce qui concerne la mère des enfants sous puissance, il y avait là une profonde injustice et une singulière anomalie. Pour faire passer ses biens sur leur tête, ou lui avait reconnu le droit de tester, et ce n'étaient pas eux qui bénéficiaient des biens légués. Elle pouvait, il est vrai, les leur assurer par l'insertion au testament de certaines conditions; mais ces moyens indirects de faire prévaloir sa volonté avaient des inconvénients et des dangers. — C'est ainsi qu'elle pouvait les instituer héritiers, sous condition d'être émancipés par le père, « sub conditione instituere ut emanciparentur a patre » (65); mais le père ne pouvait pas en principe être forcé d'émanciper son fils, et, d'autre part, l'émancipation avait pour celui-ci de très sérieux inconvénients (66). — C'est ainsi encore que la mère de famille pouvait instituer le père héritier, en le grevant d'un fidéicommiss post

(65) Pline, *Epist.*, IV, 2; VIII, 18; — L. 16 § 3, *Dig. de curatoribus furioso dandis*.

(66) A raison de la rupture de tout lien d'agnation.

mortem suam au profit de ses enfants (67). Mais le père, héritier fiduciaire jouissait librement des biens pendant sa vie, et de plus était dispensé de fournir caution (68).

Voilà pour la succession testamentaire de la mère. Mêmes observations en ce qui concerne la succession ab intestat.

A mesure que l'on avance sous l'Empire, le régime des successions romaines se rapproche de plus en plus de la consécration absolue des droits de la cognatio, ou parenté naturelle, au détriment de l'agnatio ou parenté civile ; les liens du sang et de l'affection finissent par prévaloir, et la succession ab intestat devient la succession testamentaire présumée. Or il est évident, dans cet ordre d'idée, que les enfants, bien que cognats, doivent succéder à la mère de famille préférablement à n'importe quel agnat : c'est ce que décida avec raison le Sénatus-Consulte Orphitien. Il était étrange que ce qu'on accordait d'une main, on le refusât de l'autre ! Les enfants hériteront de leur mère, mais cette hérédité ne leur profitera pas ! Les biens qu'ils vont acquérir en vertu du Sén.-Cons. Orphitien, seront absorbés dans le patrimoine de leur père ou de leur aïeul paternel, et pourront être par ceux-ci absolument détournés de leur destination naturelle. N'y

(67) Celui qui instituait un fils de famille ne pouvait pas grever le père de legs, mais lui imposait très valablement un fidéicommiss (Ulp. xxv, § 10).

(68) Le père, grevé de fidéicommiss vis-à-vis de son fils, ne pouvait pas prétendre retenir la quarte pégasienne, tandis qu'il l'aurait pu vis-à-vis d'un étranger. La raison de cette différence, c'est que, dans le premier cas, la restitution lui était imposée en qualité de père plutôt qu'en qualité d'héritier.

avait-il pas là une situation étrange, *inhumaine* (69), qui appelait au plus tôt une réforme?

Si l'on songe qu'en général, pour les enfants, la succession testamentaire ou ab intestat de leurs parents, forme la première et principale source de leur fortune, on ne sera pas étonné que, le jour où Constantin voulut faire, dans la législation de la patria potestas, une première réforme, équitable et définitive, il ait commencé par reconnaître aux fils de famille la propriété des *bona materna*.

(69) « Quod nobis inhumanum visum est », dit Justinien, II, 9, § 1. — Alciat (Paradoxes IV, 5) et avec lui Accurse, Bartole et Donneau (IX, c. 5), s'appuyant sur les termes un peu ambigus des lois 22, de inoff., 6 et 9, ad S. C. Tertull., ont soutenu que les fils en puissance recueillaient pour eux-mêmes les biens de leurs mères en vertu du S.-C. Orphitien. Mais cette opinion est absolument contredite par la loi 6 de acquir. hered., et par la constitution même de Constantin.

CHAPITRE DEUXIÈME

Création et extensions du pécule adventice. — Ce qu'il comprend.

§ 1^{er} — BONA MATERNA

(C. J. Constitution 1; C. Th. Constitutions 1, 2, 3, de bonis maternis).

Nous n'avons rencontré jusqu'ici que des espèces particulières, des dérogations ayant un caractère trop spécial et privilégié, pour qu'on pût les considérer comme portant sérieusement atteinte au principe fondamental de la puissance paternelle romaine. Néanmoins, et en même temps que se développait l'idée de capacité et de responsabilité indépendante du fils de famille, nous avons signalé une tendance générale à lui reconnaître, au moins en fait, l'aptitude à être propriétaire. C'était comme une sourde réaction qui se manifestait sur de nombreux points, et notamment en matière de dot et de succession ; mais ce n'était pas encore la condamnation d'un principe inique en soi, et la reconnaissance des droits naturels de l'enfant, sacrifiés dans l'intérêt du père et de l'Etat.

S'il est une règle de droit universelle et incontestée, c'est celle qui proclame que nul ne doit s'enrichir d'une fortune qui n'est pas la sienne. Elle était pourtant journellement violée à Rome au détriment du fils de famille. Il appartenait à Constantin de la proclamer de nouveau en sa

faveur, et de faire triompher en cette matière, comme en beaucoup d'autres, les idées chrétiennes de justice et d'équité qu'il apportait avec lui sur le trône impérial (1).

La création du pécule adventice n'est pas une réforme isolée. Elle doit être rapprochée de l'ensemble des réformes dues à la sollicitude du nouvel Empereur.—C'est surtout sur le droit des personnes, « jus quod ad personas attinet », que devaient porter ses principales innovations. Il avait modifié profondément la condition des esclaves (2). Il devait également améliorer l'organisation de la famille romaine.

Qu'il nous suffise de citer, dans cet ordre d'idées, de nombreuses mesures en faveur de la dignité du mariage (3), en faveur des mineurs en tutelle (4),

(1) Const. 1, Code, de Legibus, I, 14 — Saint-Paul avait dit dans son Epître 2^e aux Corinthiens : « Ce n'est pas aux enfants à recueillir du bien pour leur père, mais au père à en amasser pour ses enfants (Epist. II, 12, 14). — Conf. Gide, op. cit. p. 213.

(2) Multiplication des modes d'acquérir la liberté, (L. 1, Code, de his qui in ecclesiâ I, 13 ; Lois 2, 3, 4, Pro quibus causis VII, 13 ; L. 1, 2, de christ. mancip. XVI, 9) — Prohibition des combats de gladiateurs et des condamnations ad bestias (L. 1, Code, de Gladiat. XI, 43). — Défense d'exposer les enfants esclaves (L. 1, C. Th. de exposit. V, 7) — Peine d'homicide infligée au maître qui tue volontairement son esclave (L. 1, C. de emendat. serv. IX, 14) — Obligation dans un partage de ne pas séparer les divers membres d'une même famille esclave (L. 11, C. communi judic. III, 38), etc...

(3) Peines contre l'adultère (L. 30 § 1 C. Ad Leg. Jul.), le rapt (L. 1, C. Th. de Raptu Virgin.), le divorce (L. 1, C. Th. de Repud. III, 16) — Prohibition d'avoir à la fois une épouse légitime et une concubine (L. 1, C. de concub. V, 26).

(4) Prohibition pour le tuteur d'aliéner les immeubles les plus importants (L. 22, C. de administ. tut. ; loi 30, C. Quando

une protection toute spéciale accordée à la personne des enfants (5), l'institution de la légitimation par mariage subséquent, enfin de nombreuses constitutions destinées à étendre les droits des enfants tout en fortifiant l'autorité des père et mère, (validité et caractère obligatoire de la convention de donner entre parents et enfants, institution de l'insinuation qui diminue les donations faites à des tiers, modifications apportées à la querela inofficiosi testamenti et au Sénatus-Consulte Tertullien, révocation de l'émancipation et des donations en cas d'ingratitude (6), etc...) — Entre toutes ces réformes, une des plus importantes devait être celle qui reconnaîtrait définitivement à tout fils de famille, quel qu'il fût, l'aptitude légale à être propriétaire.

Mais le peuple romain était essentiellement traditionnel et conservateur. Au lieu de renverser une institution pour en mettre une autre à la place, Rome a toujours préféré améliorer ses lois en les modifiant, en les transformant peu à peu par un travail lent, mais sûr et progressif. Elle savait éviter les réformes brusques et hâtives qui entraînent forcément des réactions. Au lieu de détruire,

decreto) — Reconnaissance d'une hypothèque tacite (L. 20, C. de admin. tut. v, 37).

(5) Loi 1, C. J. de his qui par. (ix, 17), qui condamne à la peine des parricides le père meurtrier de son fils — Const. 1 C. Th. de infant. expos., qui prohibe l'exposition des enfants et enlève la puissance paternelle au père qui a exposé son fils — Loi 1, C. Th. de his qui sang. (v, 8), qui renouvelle la prohibition de Dioclétien relative à la vente des enfants.

(6) Ajoutons la création du pécule quasi-castrans, si l'on admet qu'il ne date pas de l'époque contemporaine d'Adrien (voir ci-dessus).

pour rebâtir à neuf et de toutes pièces, elle excellait dans l'art de vénérer les vieux principes en les tournant, en y apportant des exceptions successives, dont l'importance et l'extension finissaient un jour par annihiler les principes mêmes, le tout sans révolution ni secousse. Les législateurs romains possédaient à merveille cette science si délicate des transitions insensibles, que nous admirons aujourd'hui chez les législateurs d'Outre-Manche : Constantin et ses successeurs en sont ici un frappant exemple.

Certes, le nouvel Empereur voulait faire une grande et légitime réforme ; il le proclame hautement ; il le déclare à tous, par l'intitulé même de sa constitution (7), qui est adressée aux Consuls, aux Préteurs, aux Tribuns du peuple, au Sénat, afin de lui donner toute la publicité possible. A peine de retour en Italie, après sa victorieuse campagne en Orient contre Licinius, sans attendre d'être rentré dans Rome, il promulgue sa nouvelle constitution, à Aquilée, le 15^me jour des calendes d'août (8) de l'année 315 (9). Revenu à Rome quelque temps après,

(7) Il n'y a que trois constitutions au Code, portant la même *inscriptio* (Const. 12 C. Th. de Jurisdictione ; Const. 2. C. Th. de libertis ; Const. ultima, C. Th. de accusationibus).

(8) C'est-à-dire le 16 juillet.

(9) Et non 316, comme le dit Justinien au Code. A l'époque des calendes d'août 316, Constantin se trouvait en Gaule où il restaurait la ville d'Arles (Annales des pontifes d'Arles), et où sa femme, Fausta, donnait le jour à Constantin le jeune. Les lois 5 et 6, Code Théod., de appellationibus, sont datées d'Arles, le jour des ides du mois d'août 316. C'est à tort par conséquent que Justinien place notre constitution sous le consulat de Sabinus et de Rufinus. Les deux consuls de l'année étaient Constantin et Licinius (notitia Præfectorum Urbis). Ce qui a

il en fait donner lecture au Sénat, convoqué spécialement à cet effet le jour des nones de septembre (10) de la même année (11). Enfin, il la renouvelle, la complète et l'explique, dans deux constitutions de 319 et 334 (qui forment les lois 2 et 3, de Bonis maternis, au Code Théodosien, et que Justinien, dans son Corpus, a complètement fait disparaître) (12).

Mais il fallait concilier l'idée nouvelle avec le respect dû aux parents, dont l'autorité est sacrée, « *salvâ reverentiâ et pietate sacris* (13) *nominibus debita* », et dont Constantin s'efforçait d'autre part de rétablir et de fortifier le caractère et la dignité ; il fallait satisfaire les plus urgents besoins de réforme au profit du fils, sans porter trop apparemment atteinte aux droits et aux intérêts du père.

probablement induit en erreur les compilateurs justinienéens, c'est que la constitution suivante, dans l'ordre des dates (loi 1, C. Th., de Testimoniali), est adressée au même Rufinus, qui devint quelques jours après préfet de la ville.

(10) C'est-à-dire le 15 septembre. En général, depuis une constitution d'Auguste, le Sénat ne s'assemblait qu'à l'époque des calendes et des ides.

(11) Et non de l'année 319, comme le dit à tort le Corpus Juris de Galisset. En 319, le préfet de la ville était Valérius Maximus Basilius, (*Vetus Notitia Præfectorum*) ; Rufinus était préfet du prétoire ; Constantin et Licinius de nouveau consuls. C'est en 319, et aux ides de sept. que fut donnée la constit. 2 au Cod. Th. de Bonis naternis, chargée d'expliquer et interpréter la constitution 1. C'est probablement de là que vient l'erreur de Galisset.

(12) La const. 1. a elle-même été complètement remaniée et interpolée.

(13) La puissance paternelle est sacrée. On dit que le fils est *in sacris constitutus*, pour dire, *in potestate*. La personne du père est *sancta* (Ulpien, l. 9, de Obsequiis). Les parents sont « *quasi secundi ac terrestres dei* ». (Pisid. ap. Stob. c. 77).

Constantin y parvint par une habile transaction. — D'abord la constitution ne s'appliquera qu'aux biens pour lesquels la réforme a été signalée comme étant surtout urgente (14), les biens venant de la succession maternelle, bona duntaxat materna. — Ces biens, qui avaient constitué le plus souvent la dot de la mère, étaient déjà, du vivant de celle-ci, entre les mains du père, qui avait sur eux un certain droit de propriété restreint par l'inaliénabilité dotale. On ne pouvait l'en dépouiller subitement et complètement. D'ailleurs, tant que ses fils ne sont pas émancipés, il reste chargé de la direction et de l'entretien de la famille : Il est juste qu'il en conserve jusque là, l'administration et la jouissance ; ubi onus, ibi emolumentum. Il aura donc le *dominium possessionis*, *sed non proprietatis* (15). L'atteinte portée à son droit est ainsi dissimulée et paraît moins rigoureuse. — Ce qui choquait surtout, c'était le droit strict qu'il avait auparavant d'aliéner à sa guise, de donner ou de léguer à d'autres les bona materna de ses enfants : C'est ce droit qu'on lui retire. « Destituendorum liberorum licentia derogatur ». Le fils de famille devient un véritable nu propriétaire que le père usufruitier ne peut dépouiller de sa nue propriété pendant sa vie, et qui, au décès du titulaire de

(14) Voir ci-dessus, page 17 et 18.

(15) L. 2. C. Th., de bonis maternis. Le *dominium possessionis*, c'est l'usufruit, la *possessio usufructus* (L. 3. Si usufructus). Le *dominium proprietatis* est seul *perfectum et solidum* (L. 4., C. de Probatione ; L. 17, de quibus modis usus ; L. 15 § 8, quod vi aut clam). On dit dans une autre sens que le Préteur, accordant une bonorum possessio, donne le *dominium possessionis* (L. 1, de Bon. Poss.) — On aurait pu créer quelque chose d'analogue au pécule castrans ; mais la réforme eût été trop

l'usufruit, prélève librement son propre bien dans la succession du défunt; « *patrimonium maternum præcipuum habebit, sine cujusquam consortio* ». Les droits et intérêts de l'un et de l'autre sont ainsi suffisamment sauvegardés. — Si le fils vient à être émancipé, la loi fait de l'usufruit du père une sorte d'évaluation dont nous parlerons plus loin.

Malgré toutes ces prudentes restrictions, le pécule adventice était créé, et il avait déjà une portée décisive. Le fils de famille est bien et dûment propriétaire, « *dominio ad liberos pertinente* ». La loi s'applique à tous, et non pas à une catégorie d'individus privilégiés; elle s'applique aux filles comme aux fils de famille. Ils sont propriétaires, et déjà plusieurs conséquences en découlent : Il n'y aura plus besoin de crétion pour faire adition (16). — Il faudra que le père administre sagement une fortune, qui n'est pas la sienne (17). — Il faudra que les tiers

radicale et eût trop subitement dépouillé le père, propriétaire de la dot maternelle. — Certains auteurs, et entre autres M. Windscheid (§ 516 not. 11), soutiennent qu'à l'origine, sous Constantin, le droit du père restait un véritable droit de propriété (mais avec la défense d'aliéner, de même que le grevé de fidéicommiss post mortem suam était propriétaire). Cette opinion, qui s'appuie sur quelques expressions ambiguës des constitutions 1 et 2 du Code de Théodose, est contraire et à l'ensemble de ces textes mêmes, et à la loi 9. C. Th., qui parle de « *priscum beneficium* », en 426 — C'eût été d'ailleurs trop peu que de faire des biens maternels un simple fidéicommiss. L'intention de Constantin était que le fils de famille seul fût gratifié. Or, dans le fidéicommiss, le grevé est tout d'abord et immédiatement gratifié.

(16) Voir chap. III ci-dessous.

(17) Voir chap. IV ci-dessous.

se tiennent pour avertis ; car ils invoqueraient vainement leur ignorance, ils opposeraient vainement la prescription (18).

Le pécule nouveau ne comprend encore que la succession testamentaire ou ab intestat de la mère de famille ; mais il est apte à tout contenir et à tout embrasser. La voie nouvelle a été ouverte par Constantin ; il n'y a plus qu'à marcher dans cette voie, et ses successeurs iront jusqu'au bout. Ils étendront de plus en plus l'exception première, suivant les besoins de la pratique et de la logique, jusqu'à ce qu'ils aient fini, sans s'en douter, par renverser le vieux principe de l'unité de patrimoine que Justinien lui-même a le tort de croire encore debout.

§ 2 — BONA MATERNI GENERIS

(C. J. Const. 2 ; C. Th. Constit. 4, 5, 6, 7).

Les constitutions 1, 2, 3, C. Th., de bonis maternis, s'étaient placées dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où la mère, à son décès, était sui juris et avait par conséquent un patrimoine propre. Mais il pouvait se faire qu'elle fût encore à cette époque filia familias sub potestate patris, incapable dès lors de laisser une hérédité légitime, incapable de tester (19). Il était à désirer que ces biens de la mère, restés ou revenus entre les mains de l'aïeul maternel, que les biens même de l'aïeul ou de l'aïeule maternels, pussent parvenir aux enfants sous puissance, au même titre que le patrimoine de la mère

(18) L. 1, De bonis maternis, in fine. — V. chap. iv.

(19) Même des biens qu'elle pouvait tenir de sa propre mère. Quant à sa dot, elle revenait au pater familias au lieu d'être dévolue aux enfants.

décédée sui juris. Rien de plus naturel que d'assimiler aux *bona materna*, les *bona avita ex maternâ lineâ*, puisque tous étaient *materni generis*.

Le Code de Justinien mentionne seulement, dans sa loi 2, de bonis maternis, la constitution d'Arcadius et d'Honorius de l'année 395 (loi 7 du Code Théodosien), qui marque le point d'arrivée de cette transformation. Mais il est intéressant d'étudier, dans la suite des constitutions 4-7 du Code Théodosien, la trace des tentatives d'extension du pécule adventice, que firent avant eux, dans le même sens, les premiers successeurs de Constantin.

La constitution 4 de Constance (en 339), s'occupe particulièrement de la succession du fils de famille qui meurt, du vivant de son père, laissant un pécule adventice. En principe, il ne devrait y avoir ni hérédité légitime, ni hérédité testamentaire, et le père devrait recueillir tous ces biens jure peculî. Mais pourtant, ces *bona materna* ne devraient-ils pas rester *materna*? Ne devraient-ils pas rationnellement être dévolus aux héritiers maternels, frères du défunt ou autres? L'empereur Constance applique ici, d'une façon très curieuse, la future règle coutumière, *paterna paternis, materna maternis* : si l'enfant meurt avant l'âge de 7 ans, les *bona materna* reviendront aux héritiers *materni generis*. Après 7 ans, ils seront dévolus au père ou aux héritiers *paterni generis*, au même titre que les *bona paterna*. Cette distinction paraît peu fondée (20).

(20) L'âge de 7 ans était considéré à Rome comme la transition entre l'enfance et l'adolescence (Sénèque, de benef., c. 1); (Varron, de linguâ, c. 5); (L. 2, § 2, de administratione tutorum; Loi 8, eod.); jusqu'à 7 ans, le père devait demander lui-même

Constatons seulement à ce propos que la création du pécule adventice, issue des modifications du régime successoral, tendait à réagir à son tour sur l'organisation de ce régime même. Nous verrons, dans tout le cours des iv^e et v^e siècles, les extensions de l'un correspondre au progrès de l'autre, et réciproquement ; et, de réaction en réaction mutuelle, on en arrivera bientôt à la transformation complète de l'un et de l'autre.

La constitution 5 (en 349), est assez obscure, à raison de plusieurs mots qui sont complètement illisibles dans les manuscrits du Code Théodosien. L'empereur Constance prévoit l'hypothèse où le fils de famille, par l'intermédiaire duquel des bona materni generis sont parvenus au père, ne serait pas, plus tard, héritier de son père, soit à la suite d'une exhérédation ou d'une répudiation, soit même d'une émancipation. — Le fils ne pourra-t-il pas demander la non confusion des patrimoines, une sorte de *beneficium separationis*, en vertu duquel, il reprendrait en propre les biens de son aïeul maternel ? (21). Il a été pour son père l'auteur de cette acquisition ; n'y a-t-il pas injustice à l'en priver au décès du père ? — L'Empereur maintient encore le vieux principe : le fils n'a pas été propriétaire de ces biens materni generis. Ils ont été confondus avec ceux du père ; et on ne peut faire adition pour

la *bonorum possessio* (Loi 8, de bonis maternis) ; jusqu'à cet âge, on considérerait les biens comme ayant encore une certaine saveur maternelle.

(21) Justinien a reproduit une partie de cette constitution dans la loi 3, C. Unde liberi (vi, 10), mais en l'interpolant. Il parle de l'aïeul paternel quand toute la loi semble indiquer qu'il s'agit de l'aïeul maternel.

partie. — Mais il s'empresse d'ajouter que par la bonorum possessio il pourra, en certains cas, obtenir ce *beneficium separationis* (par exemple, en cas d'exhérédation injuste, ou d'émancipation frauduleuse). Il le pourra également si les biens ne sont pas encore absolument confondus et incorporés dans le patrimoine du père. Ainsi : 1° le père lui a donné l'ordre de faire crétion ; mais il ne l'a pas faite, avant le décès (notons qu'il peut toujours se refuser à la faire) (22) ; 2° ou bien encore, le fils devient *sui juris*, avant l'arrivée du *dies cedit* (23), imposé au legs par l'aïeul maternel. Le legs lui appartiendra en propre. C'est même pour l'aïeul un moyen très simple d'assurer à son petit-fils sa succession. Il lui suffit de lui léguer ses biens sous une condition dont l'avènement paraît éloigné, ou sous un terme incertain, par exemple, le décès même du père (24). — Ce n'étaient encore là que des exceptions, des moyens de tourner la loi. Le principe restait debout.

En 379, par la constitution 6 au C. Th., les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose abordent franchement le principe lui-même, et le renversent : « Le père désormais ne pourra pas vendre ce que l'aïeul maternel aura *donné ou légué* au petit-fils ». — L'assimilation des *bona materni generis* aux *bona materna* était donc en partie faite, quoi qu'en dise

(22) L. 15, C. Just., de Jure deliberandi.

(23) Le texte semble dire que, tant que le legs n'a pas été payé, *solutum*, au père avant son décès, le fils peut le revendiquer. Mais il semble plus juridique de dire que tout legs pur et simple et tout legs à terme certain, c'est-à-dire dont le *dies cedit* est venu, sera acquis au père du jour de ce *dies cedit* et avant toute *solutio*.

(24) Ulp. xxiv. § 3. — L. 5. § 7, Dig. Quando dies legati.

Justinien, dès avant l'année 395. Seulement la constitution de Gratien n'était pas suffisamment compréhensive et générale. Il fallait une rédaction plus complète et prévoyant toutes les hypothèses ; elle fut donnée par Arcadius.

Dans l'intervalle, d'ailleurs, une importante modification s'était produite dans le régime des *successions* romaines. Une constitution de l'année 389 avait accordé aux descendants par les filles un certain droit de succession et une réserve, en concours avec les héritiers siens et les agnats de l'aïeul maternel (25) ; elle avait étendu en même temps le Sénatus-Consulte Orphitien aux petits-enfants, vis-à-vis de leur aïeule maternelle — Mais à quoi bon priver la famille maternelle de cette succession pour l'attribuer aux petits-enfants, si ceux-ci ne devaient pas en profiter eux-mêmes ? On reconnaît un droit nouveau aux descendants par les filles ; il faut donner à ce droit une réalité effective. Le Sénatus-Consulte Orphitien avait eu pour conséquence la réforme de Constantin ; la constitution d'Arcadius fut le corollaire naturel et indispensable de la constitution de Théodose et Valentinien. Seulement, lorsqu'il s'était agi de créer le pécule adventice, et de faire la première brèche aux principes, on avait hésité longtemps, on avait attendu plus d'un siècle. Maintenant la brèche était ouverte ; il n'y avait qu'à passer et à l'élargir ; il n'y avait qu'à décider que le pécule

(25) Ils avaient les $\frac{2}{3}$ ou les $\frac{3}{4}$ de la part que la mère aurait eue si elle eût été vivante, suivant qu'ils concouraient avec des héritiers siens ou des agnats. L. 4, C. Th., de legitim. hered. v, 1 — L. 9. C. Just., de Suis et Legitimis vi, 55 — Inst. II, 13 § 7, et III, 14, § 1.

adventice comprendrait une catégorie de biens de plus. La réforme se fit de suite et sans effort.

La constitution d'Arcadius est très générale. Elle s'applique à tous les biens, *avita vel proavita*, parvenus aux petits-enfants, « *cujuslibet tituli largitate* » ; et à la suite de cette formule très compréhensive, l'Empereur énumère les divers titres d'acquisition possibles (26) : institution d'héritier, fidéicommiss, legs, codicille, donation, succession *ab intestat*. — Constantin, dans la loi 1, n'avait parlé que des successions testamentaires et *ab intestat*. On pouvait se demander si cette formule comprenait les *codicilles*, dans lesquels la volonté du de cujus était moins certaine à raison du défaut absolu de solennité. — D'autre part, la question avait dû se poser de savoir ce qu'on ferait des *donations*, qui ne rentraient certainement pas dans les termes de la constitution de Constantin.

Sous le droit classique, alors qu'il y avait unité de personne entre le père et le fils, la donation, faite par la mère au *filius familias*, était censée faite au père, et par conséquent nulle comme *donatio inter virum et uxorem* (27) ; du moins elle ne pouvait valoir que si elle était tacitement confirmée par une persistance de volonté de la mère jusqu'à son décès (28). — Mais depuis la création du pécule adventice, le fils de famille ayant un patrimoine distinct, il semblait naturel d'admettre la validité im-

(26) Outre cette énumération, la constitution de 395 contient, en plus de celle de 379 : 1^o la prohibition d'*obligare* ces *bona materni generis*, ajoutée à celle de les aliéner ; — 2^o La prohibition de la *supplicatio*. (Voir plus loin Chap. iv, § 2).

(27) L. 3, § 4, Dig., de donat. int. Vir. et uxor. (xxiv, 4).

(28) *Oratio Antonini*.

médiate de cette donation, et de comprendre les biens donnés parmi les *bona materna*. La donation devait même être valable pour le tout, non seulement quant à la nue propriété, mais encore relativement à l'usufruit, lequel était acquis directement au fils, et ne parvenait au père que par l'intermédiaire du fils et avec un nouveau caractère (29). — Cette extension des règles du pécule adventice aux donations faites par la mère à son fils, dût avoir lieu d'assez bonne heure. La constitution de Gratien, la considère comme un fait déjà acquis et indiscutable, puisqu'elle applique, par analogie, les mêmes règles aux donations faites par l'aïeul ou le bisaïeul maternel (30).

Ainsi donc et désormais, tout bien venant de la branche maternelle, *en ligne directe*, et à quelque titre que ce soit, fera partie du pécule adventice. — Nous disons en ligne directe : car l'expression « *materni generis* » est trop large, et pourrait paraître comprendre les biens venant du côté de la mère en ligne collatérale (*ex transversâ lineâ*). Or ceux-ci sont expressément exceptés par les constitutions 6 et 7, et continuent à être réservés au père de famille (31), — sont également, et à fortiori, réservés

(29) Autrement, il eût fallu dire que la donation était nulle, ou, au moins, révocable quant à l'usufruit ; les époux ne pouvaient en effet se donner que des fruits, mais non un usufruit (L. 17 Dig., de donationibus inter virum et uxorem, xxiv, 1).

(30) Ajoutons que ces donations, déjà antérieurement exceptées de la loi Cincia, pouvaient, à partir de 319, se faire par simple convention (L. 4, C. Th., de donat., viii, 12) ; qu'elles étaient dispensées d'insinuation, lorsqu'elles avaient lieu en faveur d'un mariage (L. 8, C. Th., de Sponsalibus, iii, 5), ou à titre de dot (L. 31, C. Just., de jure dotium, v, 12).

(31) La constitution 8 règle les conditions de l'addition (voir chap. iii).

au père, tous les biens venant de la branche paternelle ou d'un étranger.

§ 3 — BONA QUASI MATERNI GENERIS OU BIENS
ASSIMILÉS.

(C. Th. Constitutions 9 et 10, de bon. mat.).

A — D'après ce que nous venons de voir, tout ce qui ne vient pas de la mère, ou des ascendants maternels, n'entre pas dans le pécule adventice. — Mais faisons l'hypothèse suivante : soit un petit-fils sous la puissance de son aïeul paternel. Le père est mort. L'aïeule paternelle, c'est-à-dire la mère du père, meurt à son tour. Depuis l'extension du Sénatus-Consulte Orphitien, les petits-enfants héritent de leur aïeule. *Les biens de l'aïeule paternelle* feront-ils partie du pécule adventice, ou seront-ils acquis au grand-père? Sans doute ces biens ne viennent pas de la branche maternelle de l'enfant : ils viennent du côté du père. Mais pourtant, au regard du grand-père paternel, qui va les absorber en son patrimoine, ils n'ont jamais appartenu à la branche dont il est le représentant; *ils sont plus materna que paterna*. Si, suivant l'ordre normal des choses, le fils eût vécu, il les eût recueillis dans la succession de sa mère, et plus tard les eût transmis à ses propres enfants, les héritiers actuels. N'est-il pas juste que, ce qui eût fait partie du pécule adventice du fils, s'il eût vécu, soit compris dans celui du petit-fils? — C'est ce que décida la constitution 9, in medio, C. Th., de bonis maternis, qui fut promulguée par Théodose II et Valentinien III en l'année 426 (32).

(32) Cette constitution n'est qu'un fragment détaché d'une oratio très étendue, adressée par l'empereur Valentinien au Sénat de Rome en 426, et où il règle d'une façon générale les

B — La constitution 10, qui fut donnée en même temps (32), va plus loin encore. Jusqu'ici il ne s'était agi que de biens échus *directement* à titre de materna à un individu sous puissance. Mais ne pouvait-on pas admettre la même règle, lorsqu'ils avaient reposé sur une tête intermédiaire, à qui ils avaient été dévolus en qualité de materna; *cette qualité, une fois acquise, ne pouvait-elle pas se transmettre avec le pri ilège y attaché?* Le fils de famille, qui avait un pécule adventice, meurt, vivo patre, laissant des enfants sous puissance de leur aïeul; sans doute, et en principe, le filius familias ne peut laisser ni succession testamentaire ni succession légitime. Mais n'est-il pas juste que la nue propriété de ces biens, qui, pour lui, étaient materna, soit directement transmise à ses enfants? Sans doute, pour ceux-ci, ce ne sont pas là de vrais bona materna: non seulement ces biens viennent ex lineà patris, d'une aïeule paternelle, comme dans l'hypothèse de la loi 9 ci-dessus; mais encore ils ont appartenu un

relations des parents et des enfants au point de vue des biens. Elle a été divisée en une dizaine de lois, dispersées suivant les matières, dans le Code Théodosien, et dont plusieurs seront étudiées plus loin. La constitution comprenait 3 grands chapitres. Dans le premier, il s'agissait des droits du père pendant la vie de ses enfants, soit sur les biens venant de lui-même (révocation pour ingratitude), soit sur ceux venant de la mère, des aïeux divers, ou du conjoint. Dans le deuxième, l'Empereur établissait les droits du père au décès des enfants, et le règlement de la succession de ceux-ci. Le troisième s'occupait des droits de la mère (L. 8, C. Th., de legit. hered.). — Justinien a reproduit dans la loi 3, de bonis maternis, une grande partie de la constitution 9 de Théodose. Mais c'est à tort que le Corpus de Galisset la place en l'année 430. Elle a été donnée à Ravenne le 7 des ides de novembre en 426.

certain temps à leur père : ils sont tout ce qu'il y a de plus paterna. Néanmoins la loi 10 § 3 décide qu'ils entreront dans le pécule adventice du nepos.

C — Dernière application de cette conservation de la qualité de materna : plusieurs frères ou sœurs, sub eâdem potestate, se sont partagés la succession de leur mère. L'un d'eux meurt sans enfants. A qui vont appartenir ses biens ? Quoique *fraterna* pour les frères et sœurs, n'ont-ils pas une sorte de *savoir maternelle*, et ne doivent-ils pas leur être attribués préférablement au père ? Nous avons vu, avec la constitution 4, que la question s'était déjà présentée sous Constance, lequel l'avait assez singulièrement tranchée, en distinguant suivant que le de cujus était mort avant ou après l'âge de 7 ans. Valentinien III (loi 10 § 1) aborde à son tour la difficulté, mais il n'ose pas encore donner la solution définitive qu'on attendra jusqu'à Justinien (Loi 11, Communia de succ., en 529). Il se contente de remédier aux conséquences les plus dangereuses de l'application des vieux principes, en déclarant qu'en cas de secondes noces du père, la propriété de ces biens passera aux frères et sœurs du de cujus.

§ 4. — BONA MATRIMONIALIA VEL QUÆ EX MATRIMONIO
ADQUIRUNTUR.

(C. Th., loi unique, VIII, 19; C. Just., L. 1, de bonis quæ liberis, VI, 61)

A — On avait reconnu successivement au fils de famille la propriété des bona materna, des bona materni generis, et même de certains bona paterna vel fraterna qu'on avait crus devoir leur assimiler ; et le motif donné pour ces réformes avait été la singulière injustice qu'il y aurait eue, à priver plus longtemps le fils de biens qui lui étaient essentielle-

ment et naturellement destinés. Ne devait-il pas sembler aussi étrange et injuste, que le fils de famille marié n'acquît pas en propre ce qui lui venait de son conjoint? S'il est, en effet, un don ou un legs fait exclusivement en vue de la personne, c'est celui que le conjoint fait à son conjoint. La réforme était urgente et fatale, et l'assimilation on ne peut plus légitime. Elle fut faite par l'empereur Valentinien III, dans la même *Oratio ad Senatum* dont nous avons déjà parlé (426). Elle forme la constitution *unica*, au Code Théodosien, VIII, 19 (33).

Le texte est très général : « Désormais, tout ce que le conjoint sous puissance recevra de son conjoint, à quelque titre que ce soit, succession testamentaire ou ab intestat, legs ou fidéicommiss, donation inter vivos ou mortis causâ (34), ne sera en aucune façon acquis au père ». Le texte s'appliquait, dans sa généralité : 1^o à la dot constituée par la femme, dans les nombreuses hypothèses où elle ne devait pas être restituée par le mari (35); 2^o à la donation *propter nuptias*, qui commençait alors à apparaître avec son caractère nouveau de contre-dot (36); 3^o enfin aux retentiones et aux diverses dispositions légales, établies à titre de peine en faveur de l'un des conjoints, comme dans le cas de divorce. Tous ces biens faisaient partie de ce qu'on appelait du terme générique de *lucra nuptialia*.

(33) Loi 1, C. Just. De bonis quæ liberis VI, 61.

(34) Sauf, bien entendu, la nullité ou le droit de révocation résultant de l'*Oratio Antonini*.

(35) Ulpien, VI, 5... — Dot constituée par la femme sans stipulation de restitution à son décès; cas d'adultère, de divorce sans juste motif (Loi 1, C. Th., V, 10) etc...

(36) Elle ne fut définitivement constituée qu'à partir de 449.

B — Mais cette expression de *lucra nuptialia* avait un sens plus compréhensif encore. On entendait par là, non seulement ce que l'époux acquiert de l'époux, mais encore ce qu'il acquiert de toute personne tierce à l'occasion du mariage ; notamment, la dot constituée à la femme par un autre que le père sans stipulation de restitution, ou encore la dot profectice, lorsque le beau-père mourait avant son gendre. Devait-on les comprendre dans la réforme nouvelle ? Il est certain qu'à l'époque de Léon et Anthémius, la question ne faisait plus aucune difficulté dans le sens de l'affirmative, puisque la const. 4 du titre, de bonis quæ liberis, au C. J., parle des biens « quæ ex conjugio pervenerunt », et non pas « ex conjuge ».

Il est même probable que l'extension eut lieu de très bonne heure ; car, dès l'année 428 (37), la constitution 2 du même titre nous montre qu'on avait voulu donner, à cette expression de gains nuptiaux, une interprétation bien plus large encore. Un père avait doté sa fille. Cette dot était pour elle une acquisition à l'occasion du mariage. Mais devait-on dire pour cela qu'au décès du mari, elle ne serait pas restituée au constituant, et formerait pour la veuve un pécule adventice (38) ? Assurément non. Ce serait, dit Valentinien, empêcher la munificence des parents à l'égard de leurs enfants. Les biens dont il est question dans la constitution de 426, ce sont seulement ceux « quæ ex substantiâ speciali conjugis ad superstitem devenerunt ». La donatio

(37) Const. 2, C. Just. De bonis quæ liberis.

(38) Ce n'est que sous Justinien, que la dot restituée forma pour la fille de famille un pécule adventice.

propter nuptias acquise par la fille de famille lui restera propre ; mais son père reprendra la dot. De même, si le fils de famille acquiert la dot, elle lui appartiendra en propre ; mais son père reprendra la donatio propter nuptias, dans le cas où elle serait restituable (39).

Si l'on avait cru pouvoir de si bonne heure tenter de comprendre dans les *lucra nuptialia*, et par suite dans le pécule adventice, des biens qui avaient évidemment un caractère profectice, il est plus que probable que, lorsqu'il s'agit de gains nuptiaux provenant d'un autre que le père, quoique ne venant pas directement de l'épouse, l'assimilation dut avoir lieu de suite et sans difficulté. Le Code Théodosien, qui date de 438, porte en effet sur cette matière l'intitulé suivant : « De bonis quæ ex *matrimonio*..... »

§ 5. — BONA QUASI MATRIMONIALIA.

(C. J. Lois 3-5, de bonis quæ liberis).

Une porte nouvelle était ouverte à l'extension du pécule adventice. On se précipita (souvent sans mesure, nous venons de le voir), dans la voie des interprétations et des assimilations. On finit par considérer comme *matrimonialia* des biens qui avaient eu autrefois ce caractère ; et c'était logique. N'avait-on pas en effet appelé *materna*, des bona

(39) Valentinien III, dans la constitution 2, se croit même obligé de déclarer, qu'en disant que « *lucra matrimonialia patri nullatenus adquiruntur* », il n'a entendu enlever au père que la nue propriété, et qu'il a voulu lui réserver l'usufruit comme en matière de bona materna. Si forte était la tendance à interpréter les textes les plus clairs dans le sens le plus favorable aux fils de famille.

paterna vel fraterna qui, à une époque antérieure, avaient eu réellement la qualité de materna ?

A — Supposons qu'un fils de famille meure, laissant des enfants sous la puissance de leur aïeul, et un pécule adventice qui comprend des bona ex matrimonio quæsitæ. Ces biens devraient être recueillis par le père du défunt, jure peculî. Dans la loi 3, C. Just., de bonis quæ liberis (en 439), Théodose II déclare qu'ils appartiendront aux petits-enfants, et que l'aïeul n'en aura que l'usufruit. Le pécule adventice des petits-enfants sous puissance comprendra désormais non seulement leurs propres lucra matrimonialia, mais encore *ceux de leur père*, c'est-à-dire des bona paterna. C'est absolument la même solution, qui avait été donnée par la loi 10 § 3 plus haut citée, relativement aux bona materna de leur père.

B — Cette identité de solution rappelle à Théodose II, qu'il y a encore une réforme utile à faire en ce qui concerne les bona materna. Le petit-fils sous puissance hérite des bona materna du fils, en face de l'aïeul. Il faut réciproquement que le fils puisse hériter des *bona materna du petit-fils*, vis-à-vis du même aïeul. Ces biens ont, en effet, appartenu à la femme du fils. Ne semble-t-il pas juste que ce soit lui qui les recueille dans la succession de ses enfants, plutôt que de les voir dévolus à l'aïeul ? C'est à l'occasion et comme une conséquence de son mariage, qu'ils doivent lui être attribués de préférence ; ils sont pour lui quasi matrimonialia.

C — Il est probable que le fils de famille fut également et par analogie appelé à la succession des *bona matrimonialia de ses enfants*, l'aïeul devant seulement en conserver l'usufruit.

D — Enfin 30 ans plus tard, en 469 (constitu-

tion 4), les empereurs Léon et Anthémios, statuant toujours sur les *lucra nuptialia*, firent encore passer avant le *pater familias*, les frères et sœurs du défunt, en premier lieu les frères germains, puis les consanguins et les utérins. — C'était aller sur ce point plus vite qu'en matière de *bona materna*. Nous avons vu, en effet, que Valentinien III, dans la constitution 10 C. Th., n'avait pas osé encore attribuer aux frères et sœurs la succession maternelle d'un de *cujus*, par préférence à leur *pater familias* commun (40); et pourtant ces *bona fraterna*, que le défunt tenait de sa mère, étaient bien pour ses frères des espèces de *bona materna*. — La réforme de Léon et d'Anthémios paraît donc, jusqu'à un certain point, hâtive et peu justifiée. Le fils de famille comprendra dans son patrimoine les *bona matrimonialia de son frère*. Or ces biens n'ont pour lui rien de *matrimonialia*. Il n'y avait pas là les motifs sérieux d'extension, qu'on aurait plus facilement rencontrés à propos des *bona materna*.

E — L'empereur Léon fut mieux inspiré, lorsque deux années après, dans la constitution 5, il assimila aux *lucra nuptialia* les *lucra sponsalitia*. Valentinien III n'avait parlé que des biens acquis du conjoint par le conjoint. Le texte était clair; il n'était pas question des fiancés. Mais l'extension devait sembler très rationnelle et très légitime. Les dons entre fiancés ont évidemment un caractère aussi personnel, et même plus personnel, que les dons ou legs entre époux; d'ailleurs ils sont faits en vue et à l'occasion du mariage; ils sont pour ainsi dire matri-

(40) La réforme fut faite par Justinien en 529 (loi 11, *Communia de Successionibus*).

monialia. Malgré l'équité naturelle et la simplicité d'une pareille interprétation, l'empereur Léon a cru devoir la justifier, dans un style emphatique. Il invoque, notamment, l'exemple du jurisconsulte Julien, lequel à propos du fonds dotal assimilait la sponsa à l'uxor.

En fait, c'était donner, au pécule adventice, une nouvelle et très importante extension. Les donations ante nuptias étaient très fréquentes; les arrhæ sponsalitiae étaient également en grand usage. Que le mariage eût lieu ou non (41), ces biens étaient désormais acquis en propre au fils ou à la fille de famille. Il en était de même du legs entre fiancés.

F — La législation sévère du Bas Empire, relativement aux *secondes noces* et au *divorce*, vint encore grossir le pécule adventice des enfants sous puissance.

En 444, Théodose II et Valentinien III (42), déclarent que, si le père (43) se remarie, tous les gains nuptiaux, acquis à l'occasion de son premier mariage, passeront en nue propriété aux enfants du premier lit (L. 5, C. Just., de Secundis Nuptiis). — S'il ne se

(41) Il est vrai que, si le mariage n'avait pas lieu, les cadeaux pouvaient être répétés, depuis une constitution de Constantin (L. 10, C., de Donat. ante nuptias, v, 3). Mais la répétition n'avait jamais lieu, si le mariage était rompu par la faute de celui qui eût répété; si le mariage manquait pour cause de décès, la moitié seulement était sujette à répétition (L. 12 et 15). — Quant aux arrhæ sponsalitiae, une constitution de 469 les avait assimilées aux arrhes ordinaires (Lois 3 et 5, C., de sponsalibus).

(42) Nous verrons plus loin que Constantin avait même voulu priver le père remarié de l'usufruit des bona materna (L. 3, C. Th.). Mais cette déchéance ne fut pas maintenue par Léon (L. 3, C. Just.).

(43) Les mêmes règles avaient été établies pour la femme dès 382 (Const. 3, de Sec. Nuptiis).

remarie pas, il en conserve l'entière disposition. Néanmoins, ils formeront dans sa succession une succession à part, que les enfants pourront prendre sans faire adition du reste (Loi 5 et loi 7 § 2, de Sec. Nupt.). — Rapprochons de ces textes la loi 10 § 2, C. Th., dont nous avons déjà parlé, laquelle enlève au père remarié la nue propriété des bona materna de son fils décédé, pour l'attribuer aux frères et sœurs du défunt.

En 449, la loi 8 § 7 de Repudiis (v, 17), établit qu'en cas de répudiation, l'époux coupable, ou l'époux qui n'a pas pu faire contre son conjoint la preuve d'une cause légitime de répudiation, perd au profit de son conjoint tous les gains nuptiaux ; mais celui-ci n'en acquerra que l'usufruit : la nue propriété appartiendra aux enfants issus du mariage.

§ 6. — OMNIA BONA NON EX SUBSTANTIA PATRIS
ADQUISITA. — LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

La Constitution 6, au C. Just. (vi, 61), qui généralise l'institution du pécule adventive, date de la fin de l'année 529 (44).

Les progrès rationnels, qu'avait faits depuis deux siècles la législation romaine en matière de droit des personnes, la transformation successive de la famille qui s'était accomplie dans les mœurs et dans les lois sous l'influence du christianisme, permettaient à Justinien de faire sans secousses une réforme depuis longtemps désirée, sur un terrain bien préparé, et qu'il avait travaillé lui-même (44).

(44) Cette généralisation du pécule adventice doit être rapprochée d'un ensemble de mesures du même Empereur, relatives au *droit de famille*, et qui toutes sont conçues dans le même esprit : modification des règles de l'adrogation, de l'adoption,

A — Il ne faut pas oublier, en effet, que, dans les deux années précédentes, l'Empereur avait lui-même, indirectement, et par d'autres réformes dont le but principal était il est vrai différent, étendu considérablement la liste déjà longue des biens, dont la propriété était réservée au fils de famille : — 1° C'est ainsi qu'en 528, la loi 11 § 1, de Repudiis (v, 17), continuant et complétant le système de la loi 8 déjà citée, avait déclaré qu'en cas de *répudiation*, s'il n'y avait eu ni dot, ni donation propter nuptias, l'époux coupable perdrait un quart de ses biens (45); ce quart appartiendrait aux enfants nés du mariage (sauf un droit d'usufruit au profit du conjoint non coupable). — Il en était de même, dans le cas où l'époux, qui demandait la répudiation, n'arrivait pas à faire, contre son conjoint, la preuve d'un des faits restrictivement limités par la loi. — 2° D'après la constitution, 7 § 1, ad S. C. Tertullianum, qui est également de 528, la *succession de l'enfant émancipé*, décédé sans postérité, était dévolue non plus au père émancipateur, mais bien aux frères et sœurs du défunt; le père n'avait qu'une partie de l'usufruit (46). — 3° Enfin la

de la légitimation, de l'émancipation et de l'exhérédation, augmentation de la légitime, substitution des liens du sang aux liens de l'agnation. Entre toutes ces réformes, destinées à rétablir la famille sur ses bases naturelles, se distingue et apparaît au premier rang, celle qui devait reconnaître au fils de famille des droits très étendus de propriété.

(45) Ceci fut encore aggravé par les nouvelles 117 et 134. En cas d'adultère l'époux coupable perdait un tiers de ses biens.

(46) La mère avait une autre partie de l'usufruit. C'est même afin d'établir les droits de la mère, que la constitution fut rendue, ainsi que l'indique le titre sous lequel elle est placée. Il semble que la constitution 11 de legitimis heredibus, qui est

constitution 11, C., *Communi de Successionibus* (47), par analogie tirée des *lucra nuptialia*, appelle à la *succession des bona materna du fils de famille* mort sans enfant, d'abord ses frères et sœurs germains, puis les consanguins et utérins, tous préférentiellement au père du de cujus. — Nous avons déjà remarqué que le développement du pécule adventice était intimement lié aux transformations du régime successoral. Il est évident, en effet, que, si l'on reconnaît à un individu un droit de succession légitime, il faut en même temps prendre des mesures, pour que le bénéfice nouveau qu'on lui accorde ne soit pas illusoire. Ces mesures consistaient précisément à comprendre les biens dévolus dans le pécule adventice du fils de famille.

B — Malgré toutes ces extensions successives, un grand nombre de biens, acquis par le fils de famille, passaient encore en pleine propriété sur la tête du père, et notamment :

1° Les *bona materni generis ex transversâ lineâ*, c'est-à-dire, tous les biens donnés, légués ou transmis ab intestat par les collatéraux maternels, autres que les frères et sœurs.

2° Tous les *bona ex paternâ lineâ* en principe, par exemple les biens donnés ou légués par l'aïeul ou le collatéral paternel.

3° Les *bona extranea*, donations ou legs faits par des étrangers (48).

d'Anastase (en 503), ait établi déjà quelque chose d'analogue à la succession réglée par la Constitution 7 ad. S. C. Tertul.

(47) En 529, octobre.

(48) Sauf, bien entendu, la possibilité, dans les trois cas, de faire une substitution ou un legs conditionnel, afin d'assurer le bien à l'enfant au moins après le décès du père.

4^o Enfin les *biens de fortune*, et le produit des labeurs et du *travail* du fils de famille. C'est de ces derniers surtout que Justinien pouvait dire avec raison, qu'il était injuste et inhumain de le dépouiller (49).

La constitution 6 au Code, h. t., et après elle les Institutes, déclarent d'une façon générale que désormais tous ces biens, quels qu'ils soient, *ex quibuscunque causis*, appartiendront en propre au fils de famille. Il n'y aura plus besoin de procéder dorénavant par voie d'exception, ou d'assimilation plus ou moins justifiée. Une règle nouvelle, large et équitable, est définitivement posée, sous l'égide de laquelle viendront se ranger désormais, sans que les textes aient besoin de le dire, tous les droits nouveaux concédés aux fils de famille. Resteront seuls en dehors de leur patrimoine propre, les biens provenant *ex re vel substantiâ patris* : restriction juste d'ailleurs, car il est naturel que le père acquière pour lui-même les produits de sa propre chose. Mais, sauf

(49) C'était aussi injuste que si on l'avait privé du pécule castrans, qui était aussi le fruit d'un travail personnel. Notre Code, suivant la même idée, les a mis à part, et ne les a pas compris dans l'usufruit légal. — On discute sur le point de savoir si les biens donnés ou légués au fils en considération du père, contemplatione patris, rentreront dans le pécule adventice ou dans le pécule profectice (L. 21, 22, Dig. *de usufructu*). Il semble que ce soit surtout une question de fait et d'interprétation du testament. Dans le doute, nous trancherions la difficulté en faveur du fils, à raison de la généralité des termes de la loi 6 au Code. — Il n'en serait pourtant pas ainsi, s'il s'agissait de dons faits à l'enfant par son parrain (*pecunia iustitica*), au moment du baptême. Ils sont censés faits aux parents pour couvrir les frais du baptême. (Vangerow, I, p. 438).

cette restriction, tous biens acquis par le fils formeront son pécule adventice.

Justinien, d'ailleurs, en faisant cette réforme décisive, sut concilier les droits et les intérêts des deux parties en présence; Le fils de famille non émancipé vit le plus souvent sous le toit paternel. Si le père a la charge de la dépense, il semble équitable qu'il ait l'émolument des recettes annuelles. L'Empereur lui accorde donc encore l'usufruit des biens dont on vient de lui enlever le dominium : l'atteinte portée à son autorité paraîtra ainsi moins rigoureuse; et c'est ainsi que Justinien croit pouvoir dire : « et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus » (Inst. II, 9).

C — Mais, qu'entendait-on au juste, par ces bona *ex re, ex substantiâ, ex occasione patris, non extrinsecus* adquisita, car les textes emploient comme synonymes ces diverses appellations ? Il s'agissait là du pécule profectice, et des donations faites par le père à l'enfant sous puissance. — En ce qui concerne le premier, le fils n'était qu'un mandataire, un administrateur. Le père, en le lui confiant, s'engageait implicitement à répondre des obligations contractées dans cette administration; il était juste qu'il profitât, en revanche, des créances et acquisitions faites à l'aide de ce pécule : quidquid ex meâ re venit, meum est. — Quant aux donations, d'abord nulles, puis gouvernées par les règles du pécule (50),

(50) En ce sens que, comme le pécule profectice, elles ne devenaient la propriété du fils, que si, lors de l'émancipation, elles ne lui étaient pas expressément retirées (L. 31 § 2, C. de Donat.); ou encore, au décès, lorsqu'elles étaient confirmées par testament. (Fragm. Vatic., 294).

elles avaient été, depuis le troisième siècle, assimilées soit aux donations à cause de mort, soit aux donations entre époux (51). Elles restaient jusqu'à un certain point in dominio patris, puisqu'il pouvait toujours les révoquer jusqu'à son décès; elles étaient encore *sa substantia*; et il pouvait sembler équitable que, ce qui était acquis à l'aide ou à l'occasion de l'objet donné, participât de la nature de cet objet lui-même; « quod ex ejus occasione profectum est, ad eum revertatur ».

D — Restaient, bien entendu, également exceptés de la constitution 6, les *pécules castrense et quasi-castrense*, dont le fils de famille avait non seulement la nue propriété, mais encore l'usufruit et la libre administration. — Le pécule quasi-castrense, en particulier, avait subi depuis deux siècles, une extension constante, analogue à celle du pécule adventice. Il avait été accordé successivement aux palatins, c'est-à-dire à tous ceux qui exerçaient des fonctions à la cour du prince, aux avocats depuis Théodose le jeune, puis aux agents in rebus, aux évêques et chefs de presbytères et de cures, à partir de Léon et Anthémios. Enfin la constitution 7, de bonis quæ liberis, et la constitution 37 § 1, C., de inof-

(51) Le silence du père, prolongé jusqu'au décès, était suffisant pour confirmer la donation (L. 41 et 47., C. de Donat.). — Justinien (L. 25 C., de Donat. int. vir. et ux.) distingue : si la donation a été insinuée, ou si elle est par sa modicité affranchie de l'insinuation, le silence du père jusqu'à son décès, vaut confirmation, et elle est réputée valoir comme donation entrevue du jour même où elle a été faite. Si l'insinuation a été négligée, quoique nécessaire, la donation, au moins par la quantité excédant 500 solidus, ne peut valoir que par une confirmation testamentaire, et seulement comme donation mortis causæ.

ficioso testamento, l'étendirent à tous ceux qui recevaient un don de l'Empereur ou de l'Impératrice, ou qui exerçaient des fonctions rétribuées par l'Etat (52). Si l'on songe à la multiplicité des fonctionnaires sous le Bas Empire, et si l'on remarque que la constitution 37, de Inoffic. test., est presque contemporaine de notre loi, 6 h. t., on voit combien, dès le commencement de son règne, Justinien porta sérieusement atteinte à la puissance paternelle.

E — C'est également de la même époque, que datent les constitutions 1, De rei uxoriæ actione (v, 13), et 12, Communia utriusque judicii (iii, 38). — En vertu des paragraphes 4, 6 et 13 de la première, la dot adventice de la femme, qui auparavant était en principe acquise au mari (53), fut désormais toujours restituable à ses héritiers, c'est-à-dire à ses enfants. La stipulation de restitution était dorénavant entendue dans toute constitution de dot. Le pécule adventice des enfants sous puissance en fut accru d'autant. — La même constitution (§ 11 et 13), et la constitution 12 (iii, 38), déclarent que la dot de la fille de famille, qui, après la dissolution du mariage, est rentrée dans le patrimoine du père, sera désormais, à la mort de celui-ci, prélevée par elle, sans que ses cohéritiers puissent y prétendre (54). Si l'action rei uxoriæ n'a pas encore été exercée par le père, la fille, même émancipée ou exhérédée, aura seule le droit de l'exercer. Sa dot, restituable ou resti-

(52) Omnibus omnino qui salaria vel stipendia perciperent publica (Const. 37., C., iii, 28).

(53) Ulpien, VI, 5. — Fr. Vat., 100.

(54) Voir, plus haut, les réformes du droit classique qui ont précédé et amené celle-ci.

tuée, forme ainsi pour elle une sorte de pécule adventice.

F—Plus tard, la législation successorale des Nouvelles 118 et 127 (55) vint encore augmenter le patrimoine et l'indépendance du fils de famille, en appelant à la succession ab intestat du de cujus, de préférence au père, les descendants, quels qu'ils fussent, puis, et en concours avec lui, les frères et sœurs germains et leurs descendants au premier degré. C'était accorder à ceux-ci, sur tous les biens du défunt, les mêmes droits qu'ils avaient déjà en matière de bona nuptialia depuis 469, et de bona materna depuis 528. Bien plus, l'ascendant, sous la puissance duquel se trouvaient les frères et sœurs germains, n'avait pas, lorsqu'il venait en concours avec eux, l'usufruit de la portion d'hérédité attribuée à ces derniers.

G — En présence de cette généralisation du pécule adventice, on peut dire que le vieux principe romain est pour ainsi dire retourné : désormais la puissance paternelle ne comporte plus, pour le père, la propriété des biens acquis par le fils ; (et cela est si vrai, que l'Empereur se voit forcé de modifier les règles de l'adrogation, et de déclarer que l'adrogeant ne succèdera plus in universum dans le patrimoine de l'adrogé (56). L'adrogeant n'en aura que l'usufruit, de même qu'il a l'usufruit du pécule adventice) — L'unité de personne et l'unité de patrimoine sont presque complètement brisées. Le fils de famille est indépendant et propriétaire. Si l'on se rappelle que, très souvent, le père pendant sa vie abandonnait à son fils la jouissance des pécules profectice et ad-

(55) En 543 et 547.

(56) Inst. III, 10 § 2.

ventice (57), si l'on songe en même temps à l'extension du pécule quasi-castrans, à la multiplicité des émancipations sous le Bas Empire, et à l'assimilation graduelle de l'émancipé au fils de famille, il est permis de dire, qu'à la mort de Justinien, l'ancienne organisation de la famille romaine avait disparu. Le vieux droit familial de Rome n'existait plus, en dépit des assertions de Justinien lui-même.

(57) Il y avait là une série de donations annuelles de fruits, inattaquables et irrévocables.

CHAPITRE TROISIÈME.

Comment s'acquiert le pécule adventice.

Nous venons de voir quels biens furent successivement compris dans le pécule adventice. Nous savons qu'en principe, le père de famille avait sur eux un droit d'administration et de jouissance très étendu. Mais, avant d'étudier le détail des règles de leur gestion, il importe de voir comment ces biens entraient dans le patrimoine du fils de famille.

Ils étaient acquis à divers titres : succession testamentaire ou ab intestat, legs ou fidéicommiss, donation inter vivos ou mortis causâ. Quelles étaient les règles de ces acquisitions ? Il pouvait y avoir, à ce moment, conflit entre le père et le fils, à raison des droits et intérêts différents de l'un et de l'autre. Comment se résolvait ce conflit ? Quelle était l'influence de cette nouvelle situation juridique du fils de famille, sur les règles ordinaires des successions et des donations ?

§ 1 — SUCCESSIONS.

A l'époque de la création du pécule adventice, la législation romaine, en matière de successions déférées à un *filius familias*, pouvait ainsi se résumer :

1° — Le fils *pubère* ne pouvait faire adition que sur

un ordre préalable et spécial de son pater (1). La volonté du père ne pouvait d'ailleurs qu'autoriser et valider celle du fils, mais non s'y substituer, ni la contraindre (2). L'adition une fois faite, la qualité d'héritier s'imprimait *directement* sur la personne du père de famille, sans être réputée avoir résidé même un instant de raison sur celle de son fils. Le véritable héritier était donc le père, et, celui-ci étant extraneus à l'égard de la mère, on exigeait de la part du fils, bien que suus, l'accomplissement des formalités de la crétion (3). — Le concours de l'un et de l'autre était également nécessaire pour l'acquisition d'une bonorum possessio. — Mais, s'il s'agissait d'obtenir la restitution d'un fidéicommiss d'hérédité, la volonté du père seul suffisait (4).

2° — Si le fils était *impubère*, mais sorti de l'*infantia*, malgré son incapacité absolue d'agir même patre auctore (5), on avait fini par admettre dans l'intérêt du père, qu'il pourrait donner à son fils l'ordre de faire adition, alors même que celui-ci n'était pas encore *consilii capax* (6).

(1) « Ne ære alieno pater obligetur ». L. 6, pr., L. 25, § 2, D. xxix, 2.

(2) L. 13, § 3 xxix, 2; L. 33, de Fidejus. (xxvi, 1) — Si, par crainte, ou par tout autre cause, le fils simulait une volonté qu'il n'avait pas, ce semblant d'adition n'empêchait pas l'hérédité de demeurer jacente. (Loi 6, § 7, xxix, 2).

(3) Ulpien : Règles, xxii, § 25; Cicéron, ad Atticum xiii, 46; L. 1, C. Gr. de patriâ potestate, xiii, 1; L. 1, 4, 5, 8, C. Th. viii, 18 — En général, la crétion n'avait lieu qu'in solis extraneis heredibus.

(4) L. 65 pr. ad. S. C. Trebellianum (xxxvi, 1.)

(5) A la différence du pupille (§ 40 Instit. iii, 19).

(6) L. 8, § 1. de Acquir. vel. omitt. hered. (xxix, 2). — Même solution que pour le pupille. (Loi 9, eod. tit.).

3° — Quant à la succession déferée à l'*infans*, l'appréhension en était impossible, l'adition étant un de ces actes qui devaient être faits par la personne même.

Constantin, en enlevant au père la propriété des bona materna, supprima en même temps la nécessité de la crétion (Lois 1, 2, 4, 5 Code Théodosien, de Bonis maternis). C'était là une conséquence naturelle de la création du pécule adventice : le fils héritier légitime devient propriétaire des bona materna. L'extranéité du père ne peut plus produire aucun effet sur cette dévolution. Plus d'extranéité, plus de crétion. L'adition pure et simple suffit désormais (7).

A mesure que s'étendit le pécule adventice, la nécessité de la crétion fut abolie pour les biens qui entrèrent successivement dans sa composition (8). Enfin Justinien, en 529, supprima définitivement l'institution elle-même, déjà tombée en désuétude depuis plus d'un siècle (9).

1/ — En ce qui concerne l'inaptitude de l'*infans* à faire adition, on se hâta d'y porter remède. Déjà les jurisconsultes avaient atténué les inconvénients de cette prohibition : on avait admis que, si, à la qualité d'héritier jure civili, l'*infans* joignait celle

(7) Code Théodosien, iv, 5 (titre de Cretione).

(8) L. 4 et 8 Cod. Théod. de bonis maternis.

(9) Cette abolition est prononcée par la loi 17, C. de jure deliberandi (vi, 30), que Justinien attribue à Arcadius et Honorius, en altérant audacieusement la fin de la loi 8 au Code Théodosien, viii, 18, laquelle n'abolissait que la nécessité de la crétion dans certains cas déterminés.

de bonorum possessor d'après le droit prétorien, le père pouvait demander au nom de son fils la bonorum possessio; or celle-ci comportait déjà, sinon la même situation juridique que l'adition, au moins des avantages pratiques presque équivalents (10). — Mais la bonorum possessio devait être demandée avec certaines formes, et dans un certain délai fixé par le préteur. Quid, si le père avait négligé de le faire? La loi 8 C. Th., de bonis maternis (11), semble admettre que l'hérédité passera sans formalité sur la tête de l'infans, mais que le père sera puni de sa négligence, en perdant tout droit à la recueillir dans la succession de son fils, si celui-ci précède; c'est à la mère qu'elle sera dévolue en totalité (12). — Il est vrai que la loi 1, au même Code, de Cretione (13), vint bientôt supprimer cette innovation singulière. L'adition par le pater au nom de l'infans, pourra se faire désormais en dehors de tout délai et de toute formalité; il suffira que le pater ait manifesté son intention d'une façon quelconque, « qualicumque indicio hereditatis adeundæ », pour que l'hérédité dévolue soit acquise au filius familias infans, et ensuite transmise au pater à son décès. Bien plus, et alors même que le père aurait absolument négligé de faire adition au nom de son fils, si celui-ci meurt pendant l'infantia, le père peut néanmoins appréhender la succession, « ex jure patrio quasi

(10) L. 7, § 1, Dig. de bonorum poss. (xxxvii, 1). — L. 3, C. J., Qui admitti ad bonorum poss. (vi, 9).

(11) En l'an 407.

(12) L. Unica, C. Th., de Cretione, iv, 1; L. 1, C. Th. ad. S. C. Tertullianum.

(13) En 426.

jam infanti quæsitæ » (14). C'est cette curieuse transmission, que l'on appelle parfois « transmissio ex capite infantiæ » (15). — Quant à la limite de l'infantia et de la fandi facultas, afin de trancher les nombreuses controverses qui avaient surgi sur ce point, la Loi 8, de bonis maternis, la fixe définitivement à l'âge de 7 ans. — Il est bien entendu, en outre, que l'acceptation ou la répudiation, faites par le père au nom de l'infans, ne sont pas absolument définitives : L'adition ne lie le fils que sous réserve de l'in integrum restitutio ; la répudiation ne lui enlève pas le droit de faire adition plus tard.

2/ — De 7 à 14 ans, l'*impubère infantiâ major* fait adition lui-même, sur l'ordre et avec l'assentiment de son père, comitante patre. C'est la même règle qu'en matière de tutelle. Mais le jussus du père diffère de l'auctoritas du tuteur, en ce qu'il peut être donné d'avance, et n'implique aucune solennité de paroles. Remarquons qu'à cet âge, l'enfant pouvant difficilement avoir une opinion personnelle et raisonnée, il y a peu de danger de conflit entre le père et le fils.

3/ — Mais, si le fils est *pubère*, il peut y avoir désaccord : ce désaccord était rare et sans intérêt avant la création du pécule adventice ; le fils de famille n'avait pas de motif pour refuser de faire adition sur l'ordre de son père, puisque, n'étant pas censé héritier, il ne pouvait en supporter personnellement aucun préjudice. Mais lorsqu'il eut un patrimoine propre, lorsqu'il fut réellement héritier et tenu comme tel, les conflits surgirent bientôt, et ils

(14) L. 18, § 1, Cod. Just. De jure deliberandi (vi, 30).

(15) Voir Mainz, III, § 398.

allèrent se multipliant à mesure que se développait le pécule adventice; l'un estimait la succession bonne, tandis que l'autre la trouvait mauvaise. L'intérêt du nu propriétaire pouvait n'être pas le même que celui de l'usufruitier : de là des controverses nombreuses, surtout depuis la loi 6 au Code, de bonis quæ liberis, par laquelle Justinien avait généralisé l'institution du pécule adventice. Aussi, par la constitution 8, l'Empereur crut devoir trancher la difficulté.

Il distingue suivant que le fils de famille pubère est majeur ou mineur de 25 ans, *integræ vel secundæ ætatis* :

Si le fils en désaccord avec son père a *plus de 25 ans* (16), chacun peut prendre le parti qui lui convient. Mais l'addition faite par un seul n'enrichit ou ne grève que lui-même. — Le fils refuse-t-il de faire addition, le père peut « *sibi ipsi adire hereditatem* », et bénéficier ainsi, non seulement de l'usufruit, mais de la pleine propriété des biens héréditaires (17); mais, c'est à ses risques et périls, sans que le fils puisse en subir aucun préjudice. — Si au contraire c'est le père qui refuse d'autoriser son fils à faire addition, celui-ci acquiert pour lui-même la

(16) L. 8 *præmium*, vi, 61. — Déjà la loi 13, § 3, Dig. xxix, 2, qui est d'Ulprien, s'exprimait en ces termes : « *Neque filius repudiando sine patre, neque pater sine filio, alteri nocet* ».

(17) Cette solution semble singulière. La nue propriété devrait rester dans l'hérédité. Cette sorte d'accroissement de la nue propriété à l'usufruit paraît peu juridique. — Dans l'hypothèse suivante, il est au contraire tout naturel que, le père ne voulant pas de l'usufruit qui lui est offert, il y ait une sorte d'extinction de l'usufruit par renonciation anticipée au profit du nu propriétaire.

pleine propriété de tout ce qu'il peut retirer de la succession : il pourra dès lors intenter seul et librement toutes les actions, y répondre, jouir et administrer, en un mot agir en toute indépendance, comme un véritable propriétaire. Seulement, pour sauvegarder les principes, le juge forcera son père à l'assister, au moins pour la forme, dans l'exercice actif et passif de ses droits en justice (18), afin qu'il ne soit pas dit qu'une instance puisse se tenir debout sans la volonté du père de famille, « ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere ». Cette dernière restriction était encore un curieux hommage extérieur rendu au principe que l'on venait de détruire.

Le fils pubère peut être *mineur de 25 ans* (19) ; s'il refuse de faire adition, le père peut, comme ci-dessus, accepter l'hérédité pour lui-même. — Si le père veut répudier, le fils est également libre de faire adition, mais avec le consentement d'un curateur spécial qu'il devra demander au juge compétent, et qui sera chargé d'administrer pour lui jusqu'à 25 ans les biens de la succession. — Dans un cas comme dans l'autre, il a toujours pour plus tard la ressource de la *restitutio in integrum* (20).

En ce qui concerne l'impubère *infans vel infantiâ*

(18) D'ailleurs, le fils de famille pouvait déjà exercer seul les actions *in factum* et certaines *cognitiones*. (L. 9, D., de Oblig. et act., XLIV, 7).

(19) L. 8, § 1, C. vi. 61 ; L. 8, D., de *procuratoribus*.

(20) Le paragraphe suivant de la loi 8 traite l'hypothèse d'une succession déferée *ex castrensibus occasionibus* au fils de famille *miles*, qui viendrait à la répudier. Le père, qui juridiquement n'est pas même appelé à l'usufruit des biens de cette succession, se voit accorder par Justinien le droit singulier de faire adition pour lui-même.

major, Justinien confirme le droit antérieur, et lui reconnaît également, et a fortiori, la possibilité de se faire restituer (21). Mais il va trop loin en déclarant que le père, coupable d'avoir accepté pour son fils impubère une succession mauvaise, restera tenu, lors de la *restitutio in integrum*, de toutes les charges héréditaires (22). C'était là une mesure excessive, et qui devait souvent entraîner le père à répudier trop facilement, au nom de son fils, une hérédité, qui ne se présentait pas dès l'abord avec un caractère de sécurité absolue. — Heureusement, la création du bénéfice d'inventaire, en 531 (23), vint bientôt remédier à cet état de chose. Outre l'avantage de n'être pas tenu *ultra vires successionis*, le bénéfice d'inventaire présentait en outre celui de faire dresser par le père un état régulier des biens, lequel pouvait utilement servir plus tard à prouver la consistance de la succession dont il avait eu la jouissance.

Justinien déclare enfin, que le fils de famille ne pourra jamais se faire restituer contre une première restitution, alors même que cette première restitution aurait eu lieu pendant sa minorité. Supposons en effet l'hypothèse suivante : Le père a répudié l'hérédité au nom de son fils infans ; celui-ci, devenu pubère, quoiqu'encore mineur de 25 ans, s'est fait restituer la succession avec le concours de son père ou d'un curateur. Il ne pourra pas plus tard, après sa majorité, demander à revenir sur la

(21) § 6, eod.

(22) La loi 2, *qui et adversus quos*, Code, II, 42, déclare que l'on ne peut pas, en principe, se faire restituer contre ses parents. Mais ici la restitution a lieu contre les créanciers, sauf responsabilité du père.

(23) L. 22 Code, de *jure deliberandi* (VI, 30).

décision prise en état de minorité, afin de répudier de nouveau. Justinien n'admet pas qu'on puisse ainsi se jouer des lois impériales (24).

Rappelons, en terminant, la loi 52, au Digeste, de *acquir. hered.*, qui, traitant le cas où une succession est déférée à un fils de famille dont le père est *furiosus*, lui permet de faire adition seul, et d'agir comme un véritable pater relativement aux biens de l'hérédité.

§ 2 — AUTRES MODES D'ACQUISITION

Voilà pour les *successions testamentaires ou ab intestat*.

Les mêmes règles s'appliquaient en matière de *legs ou de fidéicommiss*. D'ailleurs, ceux-ci, présentant en général peu de danger pour l'acceptant, devaient être une source bien moins fréquente de conflits. Notons qu'en cas de fidéicommiss universel, le fils héritier fidéicommissaire pouvait, comme tout autre, forcer son père héritier fiduciaire, à faire adition, pour se faire ensuite restituer par lui l'hérédité (25). Mais le père était dispensé de donner caution, sauf le cas de secondes noces (26). Il ne pouvait retenir la quarte pégasienne.

Mêmes solutions en matière de *donation*, et peu

(24) « Ne ludibrio leges fiant. » Loi 8 § 6, C. VI, 61. — Ne devrait-on pas pouvoir dire pourtant, avec la loi 41 Dig., de *minoribus* (IV, 4), que : « Unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt ? » Cette loi contient une hypothèse de *pœnitentia*, presque analogue à la nôtre.

(25) L. 16, § 11, Dig., ad S. C. Trebellianum (xxxvi, 1).

(26) L. 6, Code, ad S. C. Trebellianum (VI, 49); Nov., xxii, c. 41.

de conflits également, la donation n'entraînant en général pas de charges avec elle.

On sait que le fils de famille, impubère infantiâ major, peut faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure. Il pourra donc accepter seul une donation sans charges, qu'elle soit faite par dation, promesse ou remise de dette (27). Mais, si la donation est avec charges, il ne pourra, même avec l'autorisation de son père, s'engager valablement à exécuter les charges ; car il ne peut pas, même avec autorisation, faire les actes qui rendent sa condition pire (28). Pour remédier à cette incapacité, il est probable que le père jouait ici un rôle analogue à celui du tuteur gérant au nom du pupille.

Il aurait pu arriver que le père refusât une libéralité faite à son fils, à raison de son inutilité même : soit, par exemple, une donation d'esclave avec condition d'affranchissement. Le paragraphe 6, in fine, de la loi 8, de bonis quæ liberis, déclare que la qualité d'usufruitier momentanée du père, ne peut faire obstacle ni à l'acquisition, ni à l'affranchissement immédiat qui est la condition de cette acquisition. Le fils acceptera la donation, et, quoiqu'incapable d'aliéner, pourra et devra affranchir l'esclave, malgré la volonté paternelle. « Nullum impedimentum paterna faciat auctoritas. »

(27) L. 2 D., de Acceptil. (XLIV, 1).

(28) § 10, Inst., de inutilibus stipulationibus, III, 10; L. 141, § 2, de verborum obligationibus (XLV, 1).

CHAPITRE QUATRIÈME

Des droits respectifs du père et du fils sur le pécule adventice.

Les Institutes (ii, 9 § 1), résument en quelques mots la situation respective du père et du fils de famille, à l'égard du pécule adventice: « Le fils conservera la nue propriété ; le père aura, pendant sa vie, l'administration et la jouissance. »

Mais cette formule, en apparence si simple, demande à être expliquée et complétée. Le père sera-t-il un usufruitier ordinaire? Quelle sera l'étendue de ses pouvoirs d'administration, et en quoi différeront-ils de ceux des autres administrateurs, tels que le tuteur ou le mari? Comment s'y prendra-t-on pour aliéner, pour intenter une action en justice? Quelles seront les garanties en faveur du fils? Toutes questions qui se soulèvent ici naturellement, et qui sont, trop souvent, résolues par les textes du Code d'une façon fort peu explicite.

§ 1 — USUFRUIT LÉGAL DU PÈRE.

Sauf les hypothèses exceptionnelles où il y a *peculium extraordinarium vel irregulare*, dont nous parlerons dans un chapitre spécial (1), le père de famille

(1) Chapitre vi, ci-dessous.

a, en principe, l'usufruit des biens adventices de son enfant sous puissance. Constantin et ses successeurs, en le privant de la nue propriété, lui avaient maintenu la jouissance pendant sa vie ; et cette attribution se justifiait suffisamment, soit par une idée de sage transaction entre deux principes opposés, soit surtout par cette considération que le père, avant l'émancipation de son fils, restait chargé de son entretien et de celui de sa famille (2).

Cet usufruit est bien, en principe, soumis aux règles de l'usufruit ordinaire ; mais le père, à raison de ses très larges pouvoirs d'administrateur, n'est pas tenu de toutes les obligations de l'usufruitier.

C'est ainsi qu'il n'est évidemment pas tenu, avec la même rigueur, de l'obligation de jouir en bon père de famille ; c'est ainsi encore qu'il pourra, à son gré, ne pas respecter la forme spéciale et la destination de la chose. Il est même dispensé expressément par la loi (3) de l'obligation, imposée à tous par le prêteur, de s'engager à bien administrer et à restituer, et de confirmer cet engagement en fournissant caution : De là impossibilité légale de le poursuivre, en cas d'abus de jouissance, par l'actio ex stipulatu (4). D'après la constitution 6, h. t., le fils, bien que propriétaire, ne peut lui faire aucune observation relativement à la façon dont il jouit : « Habeat pater plenissimam potestatem uti frui gubernareque. » Le père est de son vivant complètement indemne, sauf le droit pour le fils de poursuivre plus tard ses

(2) Ubi onus, ibi emolumentum.

(3) L. 8, § 4 in fine, Code, h. tit. — L. 13 pr. Dig., de usufructu (vii, 1).

(4) L. 1, § 5, Dig., usufr. quemad. cav. (vii, 9).

héritiers par l'action de la loi Aquilia (5) ; et encore ce droit n'est-il pas certain et démontré.

Il a l'usufruit non seulement de la chose, mais encore des produits de la chose, qui sont ordinairement réservés au nu propriétaire ; car ces produits forment une nouvelle acquisition, soumise aux règles du pécule adventice, et comme telle également frappée d'usufruit.

Son droit de disposition sur les fruits est si absolu (6), qu'il n'est évidemment pas tenu, comme un usufruitier ordinaire (7), de prélever sur eux ce qui est nécessaire pour l'entretien du fonds. — Il peut d'ailleurs, et cela arrivera très fréquemment, abandonner ces fruits à son fils, contre lequel ses héritiers ne pourront plus tard exercer aucune revendication ; il y avait là une sorte de donation de tous les jours (*diuturna donatio*), dont la caractère irrévocable prévenait toute discussion future à son décès (8). Nous verrons également plus loin, que le père confiait fréquemment à son fils l'administration de ces mêmes biens, et corrigeait ainsi, au moins en fait, ce que le système romain pouvait encore avoir d'excessif.

(5) L. 13, § 2, Dig., de usufructu. — Les baux faits par le père ne seront pas, pour le fils, *res inter alios acta*, comme pour un nu propriétaire ordinaire ; car le père les a faits aussi bien en qualité d'administrateur, qu'à titre d'usufruitier. — En un mot, ses qualités d'administrateur et de père lui donnent une grande liberté dans l'exercice de son droit d'usufruit.

(6) *Habeat licentiam, quemadmodum cupit, disponere* (L. 6, § 2, h. t.)

(7) L. 7, § 2, D., de usufructu (vii, 1).

(8) *Ne altercationis cujusdam, maxime inter fratres, oriatur occasio* (L. 6, § 2, h. t.).

Aucun texte ne lui enlève la faculté de céder à un tiers l'exercice de son droit d'usufruit. Il pouvait même le céder à son fils; mais cette cession ou renonciation n'était évidemment pas irrévocable (9). — De même, si l'on admet, avec certains auteurs, la perte de l'usufruit ordinaire par le simple non usage (10), ce mode d'extinction était inapplicable: Ce serait là, en effet, une hypothèse de pécule adventice extraordinaire, qui n'est prévue nulle part. — Quant aux autres modes d'extinction de l'usufruit légal, nous en parlerons plus loin (11). Remarquons seulement, dès à présent, qu'à raison de son universalité, il ne pouvait jamais s'éteindre par la transformation de la chose (12).

§ 2 — ADMINISTRATION LÉGALE. — CAPACITÉ DU FILS DE FAMILLE.

Constantin, en créant le pécule adventice, avait imposé au père de famille deux obligations (13); administrer sagement et avec diligence; ne pas aliéner. Il n'avait pas sanctionné la première; comme conséquence de la seconde, il avait déclaré que les acquéreurs ne pourraient invoquer contre le fils aucune prescription. A ceux-ci il conseillait, afin d'agir en toute sécurité, de se faire donner

(9) C'était une simple constitution de pécule profectice.

(10) Il ne pouvait être question d'usucapio libertatis dans les rapports du père et du fils.

(11) Voir chap. v.

(12) Il en était de même de l'usufruit de tout patrimoine en entier (L. 34 § 2, Dig., de usufr.). — L'usufruit légal vient ici frapper la chose transformée, comme toute acquisition nouvelle.

(13) L. 1 in fine, C. Th., VIII, 18.

par le père, lors de l'acquisition, un sponsor ou un fidepromissor.

Honorius ajouta une prohibition nouvelle, celle d'*obligare*, c'est-à-dire de donner à gage ou d'hypothéquer les *bona materna vel materni generis* ; l'engagement d'une chose conduit en effet trop fréquemment à son aliénation (14). — En outre, comme il arrivait parfois aux parents, poussés par la nécessité, de demander à l'Empereur l'autorisation d'aliéner, malgré la loi, *ex rescripto Principis*, Honorius, qui veut avant tout protéger l'enfant, déclare qu'il refusera désormais toute autorisation de ce genre, et enlève pour l'avenir aux parents cette « *licentiam supplicandi* » (15).

Léon et Anthémios (16), en confirmant pour les *lucra nuptialia* l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité établies par Valentinien II (17), reconnaissent néanmoins, au profit des acquéreurs, l'existence d'une prescription acquisitive, qui pourra commencer à courir du jour où le fils sera devenu *sui juris* (18).

Nous arrivons enfin à Justinien, qui, dans les constitutions 6 et 8, de *bonis quæ liberis*, formule quelques règles plus précises et plus détaillées, quoique fort incomplètes encore, relativement à l'administration et à la responsabilité du père de famille.

(14) L. 7, C. Th., eod. tit. — L. 2, C. J., de *bonis maternis*.

(15) Justinien a modifié plus tard cette règle. Voir ci-dessous.

(16) L. 4 in fine, de *bonis quæ liberis*.

(17) L. 1, eod. tit.

(18) Il s'agit là d'une véritable usucapion, et non d'une simple prescription extinctive de l'action en revendication. La constitution 4 in fine exige en effet, de la part de l'acquéreur, une « *possessio continua et inconcussa* ».

Il semble qu'il faille distinguer à cet égard deux sortes de biens : A — Les bona materni generis, les lucra nuptialia et leurs assimilés d'une part, qui constituent ce qu'on pourrait appeler le *pécule adventice ancien*, les « bona quæ servare necesse est »; B — D'autre part, le *pécule adventice nouveau*, formé des biens attribués en nue propriété au fils par la loi générale d'extension de l'année 529 (19).

A — *En ce qui concerne les biens du spécule adventice ancien*, la responsabilité du père est assez lourde :

1^o Il doit les administrer avec la plus grande diligence : « omnem debet tuendæ rei diligentiam adhibere » ; il est donc responsable de toute faute commise dans cette gestion. — Mais il est vraisemblable que sa faute légère ne devait être appréciée qu'in concreto.

2^o Si la loi ne lui impose pas la nécessité de l'inventaire et le dispense de la satisfactio, qui sont exigés du tuteur, il est obligé de rendre certains comptes (20), et sa responsabilité est garantie par

(19) L. 6 § 1 et 4. Cette distinction, qui paraît résulter des contradictions de certains textes du Code, peut s'expliquer par les considérations suivantes. Justinien, qui étendait singulièrement le spécule adventice par le § 1 de la loi 6, ne voulut pas néanmoins porter une atteinte trop vive à la puissance paternelle. C'est pour cela, que, dans le p. 2, il aurait par compensation accordé au père, sur ce spécule adventice nouveau, des droits beaucoup plus étendus. — Sic Wangerow.

(20) Arg. a contrario du § 2 de la loi 6. Il serait plus juste de dire que ses héritiers y sont tenus pour lui. Car on ne voit pas comment le fils s'y prendrait pour intervenir, et exiger une présentation de comptes et une indemnité, que le tuteur même n'est pas tenu de fournir pendant le cours de sa tutelle. Il est vrai que la tutelle dure moins de temps et présente la (garantie de l'actio ex stipulatu et du crimen suspecti.)

une hypothèque légale générale (21), au moins en ce qui concerne les *bona materna*.

B — *Quant aux biens du pécule adventice nouveau*, ses pouvoirs sont plus étendus, et sa responsabilité bien plus limitée.

Pour eux il n'y a ni hypothèque, ni reddition de comptes : « Non hypothecam sperare audeat, nec ratiocinia super administratione inferre (22) ». Sauf la prohibition d'aliéner et d'hypothéquer, le père a plein pouvoir, « plenissimam habet potestatem ». On ne peut l'empêcher d'administrer à sa guise, « quomodo voluerit gubernare ». Si son fils avait la prétention d'intervenir, il pourrait le châtier. Les textes semblent même dire que cette administration est absolument irresponsable, « gubernatio sit penitus impunita » (22). — N'y a-t-il pas là une exagération de langage, et comment interpréter ce mot « impunita » ? Faut-il admettre, avec Mainz, qu'il signifie simplement que « ce serait à l'enfant de préciser ses griefs et d'en fournir la preuve ? » — Ne serait-il pas plus exact de dire que, sans doute, Justinien a voulu que, pendant la vie du père, ses fautes restassent impunies ? Il ne doit pas être inquiété pendant sa vie. Mais, à sa mort, ses héritiers ne peuvent pas ne pas être tenus au moins de ses fautes lourdes. A ce moment le fils devra évidemment préciser ses griefs. Il devra prouver qu'il y avait tel ou tel bien dans tel ou tel état ; si le bien a disparu, s'il est gravement détérioré, il est impossible que la succession ne soit pas tenue vis-à-vis de lui (23).

(21) L. 6 § 4. Dig., vi, 61.

(22) L. 6 § 2, eod.

(23) Sic, Puchta et Arndts — Contra Mainz et Windscheid.

Du vivant du père, s'il est impossible d'agir, il est probable que l'intervention officieuse du prêteur devait adoucir ce qu'un pareil état de chose pouvait avoir de trop irritant. En face d'un père, qui abuse de son droit et de la confiance du législateur, le fils assistera-t-il absolument désarmé à la ruine de son patrimoine? Peut-être le prêteur usait-il d'une menace de séquestration du pécule, analogue à la séquestration de la dot, prévue par la loi 22, Dig., Solutio matrimonii. On pouvait encore invoquer par analogie, la loi 50, ad SC. Trebellianum, dont nous avons déjà parlé (24). Enfin, il y avait une dernière ressource, l'interdiction du père, et peut-être la possibilité d'une émancipation forcée (qui n'est, d'ailleurs, prévue nulle part dans cette hypothèse). — On voit combien sur ce point l'administration légale présentait moins de garanties que la tutelle.

L'aliénation était interdite pour les deux espèces de pécules également; et par ce mot aliénation, nous entendons aussi, avec la loi 7, de Rebus alienis (25), toute constitution de servitude, d'hypothèque ou de gage, et même le contrat d'emphytéose, ainsi que la manumissio des esclaves.

On admet pourtant à cette prohibition plusieurs exceptions légitimées, soit par la nécessité, soit par l'avantage évident du fils (26) :

1° Le de cujus, dont le fils a hérité, laisse des

(24) Dig., xxxvi, 1.

(25) Code iv, 51. Windscheid, § 247, note 8.

(26) L. 8, § 4 et 5, de bonis quæ liberis.

Sont aliénables en outre, et naturellement, les objets qui se consomment par le premier usage et constituent un quasi-usufruit.

dettes. Afin de libérer de suite la succession, et d'éviter ainsi le paiement d'intérêts onéreux, le père est autorisé à vendre au nom de son fils, quelques biens héréditaires, les meubles d'abord, puis les immeubles (27). S'il néglige même de le faire, il devra payer les intérêts desdites dettes, soit sur les revenus de la succession, soit même sur ses propres biens.

2° Supposons de même un fils de famille héritier, chargé de legs ou de fidéicommiss. S'il s'agit seulement d'un paiement de rentes annuelles, le père les acquittera sur les revenus. Mais le legs peut être un legs en capital ; les revenus peuvent être insuffisants. Le père a encore l'autorisation de vendre au nom de son fils, les objets de peu de rapport, meubles, immeubles provinciaux ou suburbains, etc.

3° Il importait de revenir sur la prohibition exagérée, édictée par Honorius dans la loi 7 au C. Th., de bonis maternis (ci-dessus, p. 66). Justinien déclare qu'en cas de misère urgente, le père pourra vendre ou engager les biens de son fils, afin de fournir des aliments à la famille (28).

4° Enfin il a la faculté d'aliéner les choses onéreuse, improductives ou dangereuses pour l'hérédité. Mais ce n'est pas pour lui une obligation comme pour le tuteur (29). Il n'est pas, d'ailleurs, tenu de faire emploi des sommes provenant de l'aliénation.

L'aliénation doit dans tous les cas être faite « filii nomine. »

(27) Pour le pupille, il fallait un décret du prêteur.

(28) Rien de plus naturel, puisque le père peut vendre son enfant lui-même (au moins quand il est sanguinolentus). L. 2, C. IV, 43.

(29) L. 5, § 9, D., L. 22, pr. C., de admin. et peric.

En dehors de ces quatre hypothèses, les biens adventices ne pouvaient pas être *aliénés par le père*. Ils ne pouvaient pas l'être non plus, sans l'assentiment du père, *par le fils* même pubère et majeur (30); et pourtant le fils de famille pubère était en général assimilé, quant à la capacité juridique, à un père de famille (31); l'on aurait compris qu'il vendit sa nue propriété, sans porter atteinte à l'usufruit paternel. — Justinien croit justifier suffisamment cette prohibition par le raisonnement suivant : « Qu'a-t-il besoin d'argent, pourquoi veut-il vendre, puisque son père est tenu légalement et naturellement de lui fournir des aliments ? A quoi bon dissiper son capital, pour languir plus tard dans une triste vieillesse ? Ne vaut-il pas mieux comprimer les bouillonnements de la jeunesse ? etc... ». Comme conclusion de ce discours moral, l'Empereur déclare que le fils pubère ne pourra pas aliéner sa nue propriété sans l'autorisation de son père. Il lui faudra, même après 25 ans, un consensus analogue à celui donné par le curateur au mineur.

Il est curieux de constater qu'à l'inverse, le fils de famille pubère et mineur, est, à certains points de vue, plus capable qu'un mineur sui juris pourvu d'un curateur. Celui-ci, en effet, ne peut pas s'obliger valablement sans le consentement de son curateur; tandis que le fils de famille, pourvu qu'il soit pubère, contracte librement toute espèce d'obli-

(30) L. 8, § 5 in fine, de bonis quæ liberis. — Sauf l'hypothèse du § 6 in fine, affranchissement d'un esclave, légué sub conditione ut manumittatur.

(31) L. 6, § 7, Dig., de action. empti (xix, 1.) — L. 39, Dig., de Oblig. et action. (xiv, 7). « Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur. »

gation, « proinde ac si pater familias obligari solet » (32).

Cette différence paraîtra d'autant plus bizarre, qu'au contraire, pendant l'impuberté, le fils de famille est plus profondément incapable que le pupille. Le pupille non infans peut faire sa condition pire, auctore tutore; le fils impubère non infans, « ne auctore quidem patre obligatur. »

Il y a là une série d'alternatives singulières que l'on peut résumer ainsi (33) :

A — Infantia : égalité dans l'incapacité.

B — Impuberté : le pupille est plus capable que le fils de famille.

C — Minorité : le fils de famille est plus capable que le mineur pourvu d'un curateur.

D — Majorité : l'individu sui juris a pleine capacité. Le fils, non.

Reprenons successivement ces diverses catégories.

A — Pendant l'infantia, on ne comprendrait pas autre chose qu'une égale incapacité.

B — Impuberté. La différence entre le fils et le

(32) L. 141, § 2, de Verborum Obligationibus (XLV, 1). — Institut. § 10, III, 17. Si le mineur sui juris n'était pas pourvu d'un curateur général, il conservait en principe sa capacité.

(33) Tout ce que nous disons ici du fils de famille, s'applique également à la fille. Si l'on discute en effet la capacité de la fille de famille pubère à l'époque classique, à raison de l'obscurité de certains textes (L. 141, § 2, de Verb. Obl.; L. 3, § 4, Comm. divid.; frag. Vatic. 99), il est certain que sous le Bas Empire, et alors que la tutelle des femmes avait disparu, la fille de famille était tout aussi capable que le fils. (L. 9, § 2, de S. — C. Macedon.; Institut. § 7, Quod cum eo, IV, 7), sauf, bien entendu, l'application du S.-C. Velléien.

pupille s'expliquait fort bien à l'époque où le premier n'avait pas de patrimoine. Mais elle semble, au premier abord, injustifiable, après la création du pécule adventice.

Tant que le fils n'eut pas et ne put pas avoir de biens propres, on comprend que l'on n'ait pas admis l'auctoritas patris (34). A quoi bon lui permettre de rendre sa condition pire, patre auctore ? Une telle concession de la faculté de s'obliger, eût été sans grande utilité pour son père, et n'aurait eu pour lui-même que des dangers sans compensation. D'ailleurs, il pouvait faire valablement seul, les actes qui rendaient meilleure sa condition (ou plutôt celle de son père, puisque tous ces actes profitaient à celui-ci). — Il n'y avait qu'un inconvénient grave à cette incapacité, c'était en matière d'hérédité dévolue au fils. On y avait remédié en admettant, par exception, que le père pourrait lui donner l'ordre de faire adition (35).

Mais, lorsque le fils de famille put avoir, sous le nom de bona adventitia, des biens à lui, pourquoi n'a-t-on pas assimilé sa capacité à celle du pupille ? Pourquoi ne pas admettre une auctoritas paterna analogue à l'auctoritas tutoris ? Une bonne administration n'exige-t-elle pas qu'on aliène ou qu'on s'oblige ?

Quant aux *aliénations*, on peut répondre que la tendance générale était au contraire d'empêcher l'aliénation des biens des mineurs ; en 329, Cons-

(34) Pour le pupille, une certaine capacité était nécessaire afin de diminuer la responsabilité d'un tuteur toujours gérant, et de concilier ainsi les intérêts du patrimoine pupillaire, avec la réserve dans laquelle il pouvait convenir au tuteur de se renfermer.

(35) Voir ci-dessus, chap. III, § 1.

tantin, par la loi 22 au Code, de Administratione tutorum (36), complétant le Sénatus-Consulte de Septime-Sévère, prohibe l'aliénation des prædia urbana du pupille, ainsi que celle des meubles précieux. Ce que le pupille ne pouvait plus faire avec l'autorisation de son tuteur, il n'était pas naturel de le permettre au fils de famille impubère avec l'assentiment de son père. C'eût été, d'ailleurs, aller directement contre le but même de la création du pécule adventice, qui était de soustraire certains biens au pouvoir absolu du père (37).

Quant aux *obligations*, le maintien de la différence de capacité entre le pupille et le fils de famille impubère, s'expliquait suffisamment par la différence de droits du tuteur et du père. — Le tuteur était un simple administrateur, avec des pouvoirs assez restreints, qui, à raison de la non représentation, s'engageait lui-même personnellement à l'égard des tiers par tous les actes de sa gestion, chez qui, dès lors, une trop grande réserve était à craindre. Il était de l'intérêt bien entendu du pupille, comme du tuteur, de substituer autant que possible l'auctoritas à la gestio. — Le père, au contraire, était dans une situation plus favorable. Il était usufruitier. Il avait de plus larges pouvoirs d'administration : son affection paternelle et son intérêt même ne devaient pas le faire hésiter à s'engager personnellement, lorsqu'il le fallait. — Ajoutons qu'à cette époque, la liste des actes qui, à

(36) Code v, 37.

(37) L'aliénation par le fils, autorisé du père, présentait le même danger que l'aliénation par le père même, à raison de la jeunesse du fils et de son impossibilité de résister à la volonté paternelle.

raison de leur nature ou de certaines solennités, devaient autrefois être accomplis par la partie intéressée même, se trouvait singulièrement réduite. Il n'y avait plus ni *legis actiones*, ni *mancipatio*, ni *in jure cessio*, vel *manumissio vindicta*. Le fils de famille pouvait recevoir une acceptilation, puisque c'était un acte rendant sa condition meilleure; enfin il ne pouvait être ici question d'adrogation, et, quant à l'aditio, la loi y avait déjà suffisamment pourvu. — Si l'on songe, en outre, que le principe et les inconvénients de la non représentation avaient singulièrement fléchi, on peut affirmer que le fils de famille impubère ne devait pas avoir à souffrir de son incapacité personnelle, et que l'on fit bien de ne pas l'assimiler au pupille. — En bonne législation, d'ailleurs, n'est-il pas ridicule de déclarer capable, et de faire agir comme une machine, un enfant qui ne comprend pas la portée de ses actes. On l'avait fait pour le pupille, par nécessité: on eût raison de ne pas le faire pour le fils de famille, puisque cela n'était pas nécessaire. Les législations modernes l'ont bien compris, en répudiant cette doctrine pour l'un comme pour l'autre.

C — *Minorité*. Quant à la différence entre le mineur en curatelle et le fils de famille mineur et pubère, elle s'explique, aussi facilement. — On avait d'abord reconnu en principe pleine capacité juridique à l'un et à l'autre, dès l'âge de 14 ans, époque de la puberté. Tout pubère était capable. — Seulement, la capacité du fils ne produisait pas les effets ordinaires, à raison de sa situation spéciale (38). Il pouvait bien acquérir, mais pas

(38) Accarias, I, §, 168.

pour soi ; il pouvait bien aliéner, mais il n'avait rien ; il pouvait enfin s'obliger, et être poursuivi, de ce chef ; mais la poursuite était pour le moment peu efficace pour les créanciers. Il n'y avait dès lors pas de raison de restreindre une capacité, qui présentait peu de dangers pour lui et de grands avantages pour le père. On s'était contenté de ménager l'avenir, en lui accordant l'exception du Sénatus Consulte Macédonien, et, en certains cas (L. 2, Dig. xiv, 5), le bénéfice de compétence. — L'individu sui juris avait au contraire un patrimoine ; et l'on comprit, bien vite, que la capacité, nécessaire pour administrer sagement un patrimoine, n'est pas une conséquence forcée, ni même ordinaire, de l'acquisition de la puberté, surtout d'une puberté fixée à un âge aussi précoce que le faisait la loi romaine (38). De là, en sa faveur, une série de mesures de protection qui aboutirent à l'organisation d'une curatelle presque générale. De là, pour le mineur de 25 ans : 1^o l'impossibilité de s'obliger sans le consentement de son curateur (39) ; 2^o l'inaliénabilité absolue de ses biens même avec le concours de celui-ci.

Quand le fils de famille eut un patrimoine, on n'eut pas besoin des mêmes précautions : 1^o Pourquoi l'empêcher de *s'obliger* ? Il n'administrerait pas lui-même son patrimoine, et avait dès lors moins d'occasions de contracter de dangereux engagements. S'il n'y avait eu ni jussus du père ni in rem versio, son père n'en était en aucune façon tenu. La poursuite ne pouvait pas non plus avoir lieu contre le pécule adventice, puisque l'on n'admettait pas plus l'aliénation

(39) Sauf controverse : Accarias, I, §, 175 et note. — Mainz, § 356 et note 14.

indirecte que l'aliénation directe, invito patre (40). Il y avait enfin la ressource du Sénatus Consulte Macédonien, et la possibilité d'une restitutio in integrum (41). Dans de pareilles conditions et avec de telles garanties, il était inutile de restreindre la capacité de s'obliger du fils de famille. 2^o Quant aux *aliénations*, la nécessité du consentement du père, et l'affection prudente de celui-ci pouvaient sembler des garanties suffisantes, pour qu'on n'eût pas à étendre les prohibitions absolues des constitutions de Sévère et d'Antonin.

Dès lors le maintien de la capacité du fils de famille pubère et mineur, présentant peu de dangers, s'explique suffisamment à côté de l'incapacité du mineur en curatelle.

D — *Majorité*. Après 25 ans, l'individu sui juris est pleinement capable et, à moins qu'il ne soit fou ou prodigue, il a la libre disposition de sa fortune. — Le fils de famille, quelque capable qu'il soit en théorie, non seulement est privé de la gestion et de la jouissance de ses biens, mais ne peut pas même aliéner à sa guise la nue propriété que lui réserve la loi. Nous avons vu le motif, aussi moral que naïf, que Justinien prétend donner à cette prohibition. La vraie raison, sans doute, c'était d'éviter de mettre en présence, d'une part, le père administrateur et usufruitier avec des pouvoirs très étendus et, de

(40) L'expropriation ne pouvait évidemment pas porter atteinte à l'usufruit du père ; et quant à la nue propriété, c'est un principe de droit certain, quoique non mentionné ici par les textes, que l'on ne peut faire indirectement, ce qu'il n'est pas permis de faire directement.

(41) Dig. I. 3. § 4, de Minoribus. Voir ci-dessous, § 3.

l'autre, un nu propriétaire étranger, condamné peut être à voir dilapider sa chose, sans pouvoir faire aucune réclamation : car le fils n'avait pas le droit d'intervenir ni de blâmer la façon d'agir de son père, et on ne voit pas comment il aurait pu transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en avait. Il y aurait eu là une situation intolérable, et une source d'abus et de conflits sans solution. La nécessité du consentement du père pouvait seule trancher la difficulté. Ou bien il consentait à l'aliénation de la nue propriété seule, et le nu propriétaire nouveau ne manquait pas alors de se faire donner des garanties (42) ; ou bien, renonçant à son usufruit, il autorisait l'aliénation de la pleine propriété ; mais alors sa renonciation était compensée par l'acquisition du quasi-usufruit des deniers provenant de la vente. — L'aliénation pouvait d'ailleurs être gratuite.

Le concours des deux consentements suffisait pour accomplir toute espèce d'acte. — Il n'y avait qu'une seule exception, le *testament*. L'individu alieni juris ne peut jamais tester, même avec la permission de son pater (43). On avait pourtant dérogé au vieux principe romain, en ce qui concernait les pécules castrans et quasi-castrans. Mais Justinien déclare vouloir le maintenir ici d'une façon absolue, même pour le pécule adventice extraordinaire (44). — Toutefois, on admit la *donation à cause de*

(42) Les deniers provenant de la vente de la nue propriété tombaient dans le pécule adventice, bien que représentant un bien propre du fils.

(43) Instit., I, 12; Dig., L. 6 et 16, xxviii, 4; Code, L. 11, vi, 22

(44) Voir chap. vi.

mort (45), malgré son analogie : cela tient sans doute à ce que celle-ci était considérée comme du droit des gens.

Le concours de consentement du père et du fils pouvait s'exercer différemment :

1° Le plus souvent, *c'est le fils qui agissait consensu patris* ; c'est ce qui avait lieu notamment en matière d'aliénation à titre gratuit ou onéreux, d'acquisition, d'addition ou de répudiation d'hérédité (46), enfin de donation à cause de mort. Le consensus du père pouvait d'ailleurs être donné soit avant, soit après l'acte (Cicéron, de Legibus, II, 20). En cela il se rapprochait du consensus du curateur, et s'écartait de l'auctoritas donnée par le tuteur in ipso negotio.

2° Parfois, au contraire, *c'est le père qui agissait consensu filii* ; c'est ainsi que l'exercice actif et passif des actions en justice lui était confié, « in agentibus et fugientibus pater quidem suscipiatactiones et moveat » (47). Mais il ne pouvait agir que « adjectâ filii personâ » (48) ; « adhibeatur autem filii consen-

(45) L. 25, de mortis causâ donationibus (xxxix, 6).

(46) Pour le cas de discordance de sentiment, en matière de successions, voir chap. III.

(47) L. 8 § 3, de bonis quæ liberis. — Sous Constantin (L. 4, C. Th.), le père agissait seul.

(48) Il en était ainsi, depuis le droit classique, pour la fille de famille, en matière de restitution de dot (voir chap. I). — D'après M. Vangerow, l'adjonction du fils n'aurait été nécessaire que pour l'exercice des actions *héréditaires*. Dans la loi 8 § 3, il n'est, en effet, question que des successions dévolues au fils, et les termes de la loi 6 § 2 sont au contraire très généraux et accordent au père des pouvoirs très étendus. MM. Puchta et Arndts appliquent au contraire notre texte à toutes sortes de procès.

sus » au moins, lorsque le fils n'était ni infans, ni absent (49).

Si le fils de famille est fou ou prodigue (50), il est inutile de lui donner un curateur ; qui pourrait en effet en remplir les fonctions mieux que le père, déjà administrateur légal du pécule adventice ? Mais on peut se demander si, dans ce cas, ses pouvoirs sur les pécules castrans, quasi castrans et adventice extraordinaire, seront ceux d'un père, ou bien ceux d'un curateur ? En ce qui concerne les biens adventices eux-mêmes, pourra-t-il faire les actes interdits au père et permis au curateur du fou (51) ? Y aura-t-il de ce chef pour le fils un supplément de garantie tiré des règles de la curatelle ? — Ce sont toutes questions sur lesquelles le Code reste muet. Il nous semble, toutefois, qu'en présence de la loi 7, C., De curatore furiosi, et du caractère général de la puissance paternelle, le père ne devait en aucun cas être assimilé à un curateur.

A l'inverse, *en cas de folie ou de prodigalité du père*, la curatelle était déférée le plus souvent à son fils, en sa qualité de plus proche agnat. Mais le fils, qui se trouvait ainsi appelé à administrer son propre pécule adventice, n'agissait qu'au nom du père, et jamais en son nom propre. Le père n'était pas, en effet, privé de son droit même d'administration, mais seulement, et momentanément, de l'exercice de ce droit. Il conservait également intact son droit d'usufruit.

(49) Les frais de l'instance étaient à la charge du père (L. 8, § 4 in fine.)

(50) L. 7, pr., C., de curatore furiosi vel prodigi (v. 70). Accarias, I, § 166, note 2.

(51) Notamment faire adition au nom et pour le compte du furiosus (Loi 7, § 3, Code, v., 70).

D'ailleurs, et malgré l'utilité qu'eût pu présenter une pareille combinaison, le droit romain ne paraît pas en général avoir prévu l'hypothèse d'une séparation des deux attributs de la puissance paternelle relativement aux biens (52) : administration et jouissance sont toujours présentées comme réunies dans les mêmes mains (53). Les règles de l'une et de l'autre sont exposées simultanément et pour ainsi dire confondues (54).

Une seule exception à cette règle, c'est le cas du pater binubus. D'après la loi 3, au Code Théodosien, de bonis maternis (55), le père de famille qui se remarie est privé de l'usufruit des biens des enfants du premier lit, et cependant il en reste administrateur, et, comme tel, il est assimilé à un tuteur. Cette quasi-tutelle cessera comme toute tutelle à la puberté de l'enfant. — Mais cette peine, que Constantin avait cru devoir infliger au père en haine des secondes noces, fut bientôt abolie par Léon et Anthémios (56), et Justinien confirma cette abolition.

En sens inverse, nous trouvons bien au Code, diverses lois (57), qui semblent prévoir des hypothèses, où le père aurait l'usufruit des biens de ses enfants sans en avoir forcément l'administration :

(52) Il est probable néanmoins qu'une pareille clause, insérée dans un legs par un testateur, eût été validée. Mais aucun texte ne prévoit cette clause.

(53) Voir pourtant le cas de pécule extraordinaire d'un impubère (chap. vi).

(54) Différence avec le droit français, où nous avons d'une part les art. 384-387, de l'autre, et dans un titre différent, l'art. 389.

(55) En 334. La loi est de Constantin.

(56) L. 4, C. Just., de maternis bonis (en 468).

(57) L. 10, C. Th., de maternis bonis; L. 11, C. Just., Communia de successionibus; L. 13, C. J., de legitimis hereditibus.

Mais il ne faut pas s'y tromper. Cette particularité tient ici à ce que les enfants sont émancipés, et le père n'acquiert son droit d'usufruit qu'à titre de succession, et non plus en qualité de père de famille usufruitier du pécule adventice de ses fils sous puissance.

Quant à la loi 3 au Code Justinien, de bonis matris, qui accorde au père l'usufruit d'une part virile de la succession de la mère déférée à ses enfants, lorsqu'ils ont été émancipés avant le décès de celle-ci, elle est également en dehors du pécule adventice (58).

Le système romain, qui laissait au père de famille, jusqu'à son décès et quel que fût l'âge de son fils, non seulement l'usufruit, mais l'administration de tous les biens de celui-ci, pouvait présenter le grave inconvénient de retarder souvent indéfiniment l'époque, où le jeune homme apprendrait à gérer un patrimoine. Longtemps avant la création du pécule adventice, on avait déjà remédié aux dangers de l'inaptitude du fils à être propriétaire, par l'usage très fréquent du pécule profectice (59). Cet usage se continua sous le Bas Empire, et dut se combiner souvent avec l'institution nouvelle. Le père abandonnait à son fils l'administration des biens adventices (60), avec des pouvoirs analogues à ceux que comportait le pécule profectice ; et le jeune homme avait d'autant plus d'intérêt à bien gérer, qu'il

(58) Voir chap. v, à propos de l'émancipation, le véritable but de cette loi.

(59) Voir chap. I.

(60) Ihering, II., § 36 et 37.

gérât maintenant sa propre chose. Sans doute cette concession était révocable ; mais, en fait, elle devait être rarement révoquée.

Un autre remède se trouvait aussi dans la multiplicité des émancipations à l'époque du Bas Empire. Lorsque le fils de famille avait atteint 25 ans, *legitima ætas* (61), il était d'usage de l'émanciper. L'émancipation ne présentait plus pour le fils les mêmes inconvénients qu'autrefois, résultant de la rupture des liens d'agnation. Le prêteur d'abord (62), puis les empereurs, et notamment Anastase (63) et Justinien (64), lui avaient restitué la plupart des droits d'un agnat. Mais il était à craindre que le père hésitât à se dépouiller ainsi, gratuitement et pour toujours, des avantages qu'il retirait de sa situation de *pater familias*. De là une série de mesures compensatrices dont nous parlerons dans le chapitre suivant, à propos de la cessation du pécule adventice.

§ 3 — GARANTIES ÉTABLIES EN FAVEUR DU FILS DE FAMILLE.

Nous avons vu que, du vivant du père, le *filius familias* n'était nullement protégé contre une jouissance abusive ou une mauvaise administration de son *pater familias* : pas d'*inventaire* obligatoire ; pas de *cautio fructuaria* « se boni viri arbitrato usu-rum », analogue à celle de l'usufruitier (65) ; pas de

(61) L. 2, Cod. Théod., de maternis bonis.

(62) Gaius II, § 135 ; III, § 26.

(63) Instit. I, 15 § 3 ; III, 5 § 1.

(64) Nov. 118.

(65) L'ascendant, chargé d'un fidéicommiss universel vis-à-vis de son descendant, était également dispensé de *cautio*, sauf le cas de secondes noces (L. 6, § 1, C. J. VI, 49 ; Nov. 22, c. 41).

satisfactio « rem salvam fore », comme celle du tuteur; jamais d'*intervention officielle du prêteur* pour l'exécution de certains actes dangereux (66); pas de *consultation de la famille* (67); enfin impossibilité d'une *destitution* fondée sur des motifs analogues à ceux qui autorisaient le « *crimen suspecti* » : en un mot, aucune garantie principale et directe contre le père pendant sa vie ; à peine, peut-être, la possibilité d'une *séquestration provisoire* des biens, ou encore d'une *émancipation forcée*, sauf, à recourir, en désespoir de cause, à l'*interdiction* pour folie ou prodigalité.

Pour faire valoir ses droits contre les tiers ou contre son père (68), le fils de famille était donc, en général (69), obligé d'attendre le décès de celui-ci.

(66) Vente de certains biens, emploi des capitaux.

(67) Exigée pour la vente d'immeubles d'un pupille, en cas de dettes à payer.

(68) C'était d'ailleurs un vieux principe romain, qu'il ne peut y avoir d'action entre le pater et le filius familias (Instit. iv, 1 § 12; L 4 et 11, Dig., de Judiciis, v, 1; L. 7, Dig., de Oblig. et action, XLIV, 7).

(69) Pourtant, en cas de *déconfiture* et de vente des biens du père, il est évident que le fils devait exercer dès à présent ses droits, ou que du moins son père les exerçait pour lui contre les créanciers; on prélevait, sans doute, sur la masse les biens adventices de même que tout autre bien n'appartenant pas au débiteur; si le fils avait quelque créance à faire valoir, il est probable qu'il venait en concours avec les autres créanciers, et touchait comme eux un dividende, sauf le droit d'usufruit du père sur ce dividende (puisque l'infamie, qui résultait de la vente des biens, n'entraînait pas déchéance de la puissance paternelle). Si la créance du fils était garantie par une hypothèque légale, il devait même primer les autres créanciers. — Mais on peut se demander si l'usufruit même du père n'était pas saisissable. On sait en effet que la saisie

— Sans doute, lors de son émancipation, il pouvait, en droit, lui demander « *ut materna substantia repræsentetur* ». Mais une pareille action n'était possible qu'avec l'autorisation du magistrat, et à condition de ne contenir aucun soupçon de dol ou de fraude (70), et encore n'était-elle donnée que dans les limites du bénéfice de compétence (71). — En fait, d'ailleurs, elle devait rarement être intentée. Comment, en effet, un fils, qui venait de recevoir de la libre volonté de son père le bénéfice de l'émancipation, aurait-il osé venir lui demander d'autres comptes que ceux que celui-ci voulait bien lui présenter? La quasi-impunité du père était une sorte de condition tacite de l'émancipation qu'il avait bien voulu octroyer. Le fils devait tenir à honneur de ne pas violer une pareille promesse, d'autant plus que, depuis Constantin, la menace de révocation de son émancipation pour ingratitude restait suspendue sur sa tête jusqu'au décès du père (72).

Aussi le plus souvent il n'agissait pas, ou suspen-

et la vente, soit en bloc, soit en détail (*distractio*, à partir du cinquième siècle), comprenaient, non seulement les choses mobilières, et les *res soli*, mais encore tous les droits, toutes les créances, et même les actions appartenant à l'individu en déconfiture. Or aucun texte ne déclare l'usufruit légal insaisissable. — Le père avait, d'ailleurs, une ressource pour soustraire en partie cet usufruit aux créanciers et le maintenir dans la famille, c'était d'émanciper son fils; les créanciers ne pouvaient évidemment pas révoquer cette émancipation comme faite en fraude de leurs droits. *Libertas data non revocatur*.

(70) A cause de la *reverentia paterna*. La loi 5, Dig., de *Obsequiis*, prohibe « *omnes actiones quæ doli vel fraudis habent mentionem*. »

(71) *Instit.* iv, 6 § 38. — Dig., L. 7, § 1, de *Obsequiis* (xxxvii, 15) — Dig., L. 16, de *re judicatâ* (xlii, 1).

(72) *Fragm. Vatic.* 248. — L. 1, C. J., de *ingratis liberis* (viii, 50).

dait son action, jusqu'au jour où il n'aurait plus en face de lui que la succession. Mais ce retard présentait deux dangers. D'une part, la preuve devenait plus difficile à faire; et, de l'autre, la prescription courait contre lui dans l'intervalle, à partir du jour où il avait été émancipé. — Même retard et mêmes dangers dans ses rapports avec les tiers, l'exercice de ses droits contre eux devant entraîner naturellement de leur part contre le père un recours, que l'on voulait éviter aussi bien qu'une action directe.

Il existait au profit du fils de famille, trois garanties principales.

I. — La possibilité pour le fils d'exercer l'*action en nullité* contre les aliénations faites en dehors des cas légaux, jointe à l'*imprescriptibilité* des biens aliénés.

II. — *L'hypothèque légale*.

III. — *La restitutio in integrum*.

I. — Constantin avait déclaré *nulles* les aliénations de bona materna faites par le père de famille, et il avait refusé aux tiers le droit d'opposer la *prescription* à l'action en revendication intentée par le fils (73). — Léon et Anthémios paraissent avoir admis au profit des tiers la possibilité d'une prescription acquisitive, mais qui ne commençait à courir qu'à partir du jour où le fils était devenu sui juris (74). — Sous Justinien, il n'est plus question que d'une prescription extinctive de 30 ans, avec le même point de départ, et cette condition en plus que, si le fils est impubère lorsqu'il sort de la puissance pa-

(73) L. 1, C. J., de bonis maternis.

(74) L. 4, in fine, C. J., de bonis quæ liberis.

ternelle, les 30 ans ne courent que du jour de sa puberté (75). La règle s'applique non seulement aux bona materna, mais à tous les biens du pécule adventice, ainsi que le déclare formellement Justinien, dans la loi 1 au Code, de annali exceptione ; il n'y avait pas en effet de motif de distinguer, et l'on ne pouvait pas reprocher au fils de ne pas avoir agi avant d'avoir eu le libre exercice du droit d'agir.

Il y avait, *dans cette prohibition d'aliéner et dans cette imprescriptibilité*, une garantie analogue à celles établies en faveur de la femme et du pupille par la loi Julia et par l'Oratio Severi. Mais cette garantie était, et avec raison, moins étendue : le concours du père et du fils suffisait pour valider l'aliénation, tandis que celui du mari et de la femme, au moins sous Justinien, et à toute époque (76) celui du tuteur et du pupille, étaient absolument inefficaces. — Notons une autre différence, relativement au délai ; il était ici de 30 ans, tandis que pour le pupille (77) la prescription s'accomplissait par 5 ans seulement. — La revendication pouvait, d'ailleurs, être exercée ici, comme en matière de dot, etiam durante potestate : seulement, à la différence du mari qui agissait en qualité de propriétaire, le père ne pouvait agir qu'au nom et avec le consentement du fils de famille dont il était le procurator ad litem (78).

(75) L. 1, § ult., de Annali Exceptione, VII, 40. — Nov. 22, ch. 23.

(76) Depuis Sévère. Auparavant le tuteur pouvait librement aliéner.

(77) L. 3, C. J., Si major (v, 74). — Si l'aliénation était à titre gratuit, la prescription contre le pupille s'accomplissait par 10 ou 20 ans.

(78) L. 8, § 3, C. J., de bonis quæ liberis — Wangeroff soutient que l'aliénation est nulle à l'égard de tous comme con-

II — On sait que le mineur en tutelle ou en curatelle avait, sur tous les biens du tuteur ou du curateur, une *hypothèque légale* garantissant les obligations qui pouvaient naître de leur administration (79). — Les Empereurs ne crurent pas devoir accorder la même faveur au fils de famille sur les biens de son père : « Non autem hypothecam sperare audeat », dit Justinien dans la loi 6 § 2. — Pourtant, lorsque les constitutions impériales eurent accordé à la femme une hypothèque légale générale, on ne put refuser au fils, son héritier, de la faire valoir sur les biens du père. Cette dot, ces paraphernaux (dans le cas où l'administration en avait été confiée au mari), enfin cette *donatio propter nuptias*, pour la restitution desquels Justinien établissait de si puissantes garanties en faveur de la mère, constituaient précisément pour son fils la meilleure part du pécule adventice ; comme héritier, comme descendant, il jouissait des mêmes privilèges. Seulement, à la différence d'un héritier ordinaire, il ne les faisait pas valoir dès le décès de la femme : tous ces *bona materna* restaient entre les mains du père, leur administrateur légal, jus-

sentie à non domino. Il semble plus rationnel de considérer la nullité comme simplement relative. Il n'y a pas dans cette garantie légale une *véritable inaliénabilité*. En réalité le père peut aliéner, sauf au fils à établir ensuite que l'aliénation a eu lieu en dehors des cas de nécessité ou d'avantage évident prévus par la loi. (Voir à cet effet, ci-dessous, la pratique des pays de droit écrit).

(79) Depuis Sévère, ou au moins depuis Constantin ; Vatic. fragm. 210. — L. 1, 2, 3, C. Th., de admin. tut. (III, 19) ; L. 20, 21, C. J., eod. (V, 37).

qu'au jour où le fils devenait *sui juris* (80). C'est à ce moment seulement, et même plus généralement après le décès du père, que le *filius familias*, délivré des liens de la *patria potestas*, faisait valoir les droits qu'il tenait de sa mère (81).

Il pouvait alors invoquer comme elle-même :

A — *En ce qui concerne la dot* : 1° l'action hypothécaire qui frappait tous les objets dotaux ; il avait d'ailleurs le choix entre cette action et la revendication des dits objets ; ce droit de revendication ou de prélèvement, s'appliquait non seulement aux choses dotales, mais encore aux choses achetées avec les deniers dotaux, et même à toutes celles qui, données avec estimation et n'ayant aucun caractère dotal, se trouvaient encore entre les mains du père (82) ; 2° l'hypothèque tacite, portant sur tous les biens du mari, établie par la loi *unica de rei uxoriæ actione* (83), en 530, et qui devint privilégiée l'année suivante (84).

B — *En ce qui concerne les paraphernaux* dont la femme avait confié l'administration à son mari, l'hypothèque générale établie pour leur sûreté par la loi 11 au Code, de *Pactis conventis* (85).

C — Pour l'exécution de la *donatio propter nup-*

(80) Dans l'intervalle la prescription ne courait ni contre l'action en revendication des choses dotales, ni contre l'action hypothécaire.

(81) La prescription commençait à courir du jour où le fils de famille était *sui juris*, même avant le décès du père. Il y avait là un grave danger.

(82) L. 30, de *Jure dotium*, v, 12.

(83) Code v, 13. cal. de novembre 530.

(84) L. 12 § 1, *Qui potiores* (viii, 18) — Cal. de décembre 531.

(85) v, 14.

tias, une hypothèque analogue dont parlent la loi 29, de Jure dotium, et le § 2 de la loi 12, Qui potiores.

Tous ces droits, toutes ces hypothèques, le fils de famille ne les tenait et ne les exerçait que *du chef de sa mère*. Il n'y avait donc aucune hypothèque pour la sûreté des bona, même materna, en dehors de cette énumération. C'est à tort que Mainz prétend trouver dans la loi 6 § 4, de bonis quæ liberis, les traces d'une hypothèque garantissant tous les bona materni generis ainsi que les gains nuptiaux (86).— Les paragraphes 2 et 4 de cette loi, qui paraissent au premier abord contradictoires, peuvent très bien se concilier malgré la rédaction fort ambiguë du dernier. D'abord Justinien déclare qu'il n'y aura pas d'hypothèque au profit du fils de famille ; mais, comme le jour même où il faisait paraître la loi 6, il donnait en même temps, la loi 30, de Jure dotium (87), qui établit une hypothèque légale au profit de la femme et de ses héritiers, et notamment du fils, il croit devoir faire allusion à cette dernière, mais il le fait d'une façon inexacte. Ce n'est pas, dit-il, la première fois qu'il y a des hypothèques tacites ; nous en avons créé une nous-même pour les « materna bona et cæteræ donationes quas servare necesse est ».

Faut-il conclure de ces derniers mots, que le fils de famille aurait une hypothèque tacite pour la sûreté de tous les biens « quæ servare necesse est » ? Sans doute cette solution présenterait une certaine harmonie avec la distinction que nous avons faite plus haut, entre le *pécule adventice nouveau* et le

(86) Mainz § 331,

(87) Le 3 des calendes de novembre 529.

pécule ancien ; ce dernier, composé des *bona quæ servare necesse est*, serait soumis à une administration plus sévère, et en même temps garanti par une hypothèque tacite (87 *bis*). — Mais nous ne trouvons nulle part ces textes autres que la loi 30 auxquels renverrait Justinien ; et il ne s'agit dès lors ici évidemment que de l'hypothèque établie pour la protection des biens de la femme. — Mais alors comment expliquer ces mots « *cæteræ donationes* » ? Peut-être ont-ils été ajoutés après coup, lors de la deuxième rédaction du Code, qui est postérieure aux dernières faveurs accordées à la femme par Justinien. Le mot *bona materna*, détourné de son sens ordinaire, s'appliquerait à la dot et aux paraphernaux, confiés au mari, qui sont des biens propres de la mère ; quant aux *autres donations*, il s'agirait des *donationes propter nuptias* faites à la femme.

Quoiqu'il en soit de cette dernière explication, il nous semble certain qu'il n'existait pas d'hypothèque au profit du fils sur les biens du père :

1° Ni pour les *bona materna*, autres que ceux énumérés ci-dessus (notamment les paraphernaux non confiés pendant le mariage à l'administration du père) ;

(87 *bis*) Mainz ne va même pas jusque là ; il admet seulement l'hypothèque pour les *bona materni generis* et les *lucra nuptialia*, sans motiver sa solution. — Son opinion ne se justifie qu'en cas de secondes noces (Voir note 92). Peut-être même que le texte de Justinien fait seulement allusion à la loi 8, de *secundis nuptiis*, promulguée en 528. Par *materna bona* on entendrait la succession de la femme du premier lit ; par *cæteræ donationes* les donations faites par elle de son vivant à ses enfants, et en outre les autres *bona materni generis* (Voir le § 5 de cette loi).

2° Ni pour les bona materni generis (notamment les biens provenant d'un ascendant maternel, du vivant ou après le décès de la mère, à moins qu'ils n'aient fait partie à un moment donné de la dot de la femme) (87 *ter*) ;

3° Ni pour les lucra nuptialia du fils de famille, et leurs assimilés.

Même restreinte dans cette limite, l'hypothèque présentait encore un très grand intérêt. Elle garantissait, en effet, non seulement les créances dues à raison de l'administration pendant le mariage, mais encore celles postérieures au décès de la mère, alors que les biens en question étaient compris dans le pécule adventice (88).

Quant au *rang de l'hypothèque*, tantôt elle était privilégiée et passait avant toutes autres (89) ; tantôt elle venait à sa date suivant la règle : « Qui prior tempore, potior jure » : elle datait alors non pas du jour où il y avait eue mauvaise gestion, mais du jour même où avait commencé ou dû commencer l'administration (90). — Si le père avait été marié deux fois, et qu'il y eût conflit entre les descendants du premier lit, et la seconde femme ou ses descendants, le privilège des premiers l'emportait à raison de sa date (91).

(87 *ter*) Il pouvait arriver qu'un bien, venant du grand-père maternel, fût garanti par l'hypothèque légale. Soit un aïeul maternel qui a constitué une dot receptice à sa fille ; celle-ci meurt ; puis il meurt lui-même sans avoir recouvré la dot, laissant ses biens à son petit-fils. Celui-ci aura une hypothèque légale, mais qui, ici, ne sera pas privilégiée.

(88) Arg. tiré de la loi 6 § 4, h. t.

(89) En cas de dot seulement.

(90) L. 6, § 4 in fine, h. t.

(91) L. 12, § 1, qui potiores. — Nov. 91, c. 1.

A propos des secondes noces, notons en terminant un cas tout particulier d'hypothèque légale au profit du fils de famille. On sait que le pater binubus perdait en faveur des enfants du premier lit tous les *lucra nuptialia*, c'est-à-dire tous les biens qu'à l'occasion du premier mariage il avait acquis, à quelque titre que ce fût, soit de sa femme, soit même de personnes tierces. Or le fils de famille, qui acquérait la nue propriété, avait, pour sûreté de ses droits, une hypothèque légale sur tous les biens de son père usufruitier (92). — Il jouissait, d'ailleurs, en vertu de la loi 8 § 5, C., de *secundis nuptiis*, d'une hypothèque générale garantissant tous les *bona materni generis*, et datant du jour du convol du père.

III. — En dernier lieu, et en l'absence de toute action ou voie de droit équivalente, le fils de famille pouvait demander au magistrat la *restitutio in integrum*, aussi bien qu'un mineur sui juris. Le prêteur en son édit ne distinguait pas, en effet, l'individu alieni juris du mineur ordinaire de 25 ans. Seulement il n'est pas certain qu'il pût être restitué contre les actes émanant de son père, aussi bien que contre ceux qui lui étaient propres. En tout cas, il ne pouvait l'être que s'il avait souffert un préjudice personnel, et la restitution qu'il obtenait ne devait point opérer en faveur du père (93). Il était même tel cas

(92) L. 6 § 2, C. de *Secundis Nuptiis*, v, 9; L. 8 § 4, eod. tit.
— Nov. XXII, c. 23-26.

(93) L. 3 § 4 Dig., de *Minoribus*, IV, 4. Si par exemple on suppose le père tenu d'une action à l'occasion de l'acte fait par son fils, il ne profitera pas de la restitution accordée à celui-ci.

où elle était absolument impossible, s'il avait agi sur l'ordre de son père (94).

Le délai pour la demander courait non pas du jour de sa majorité, mais seulement à partir du jour où il devenait sui juris (95).

C'est en matière d'acceptation et de répudiation d'hérédité, qu'elle devait avoir lieu le plus fréquemment ; ce sont du moins les seules hypothèses que prévoient les textes (96). Et l'on comprend qu'elle fût, en dehors de ces cas, assez rare ; car, d'une part, les actes les plus graves étaient déjà frappés de nullité (97) et, de l'autre, elle eût entraîné le plus souvent de la part des tiers, contre le père, une action en garantie que l'on voulait éviter (98). — Notons pourtant le cas d'aliénation d'un immeuble adventice, par le fils pubère avec le consentement de son père. Cette aliénation (à la différence de celle faite par le mineur en curatelle) était valable, et pouvait être très préjudiciable au mineur. Pas de revendication, pas de recours contre le père : la restitution in integrum trouvait là une très utile application. — Rappelons, en terminant, que le fils de famille ne pouvait jamais se faire restituer contre une première restitution (99).

(94) L. 2 C., de filio familiæ minore (II, 23). Hypothèse du mutuum.

(95) L. 8 § 5, de bonis quæ liberis.

(96) Voir ci-dessus différents exemples, chap. III, § 1.

(97) Voir ci-dessus § 2.

(98) Malgré le caractère subsidiaire de la restitution, il est probable que le fils de famille (comme le mineur) pouvait agir contre les tiers, s'il y avait intérêt, même avant d'agir contre son père, quelque solvable que fût celui-ci.

(99) Voir chapitre III, § 1, in fine.

CHAPITRE CINQUIÈME

Comment cesse le pécule adventice. —

Ce qu'il devient.

Les droits, résultant pour le père du pécule adventice, ne s'éteignaient en général qu'*avec la puissance paternelle*. On ne concevait pas en effet que le père pût conserver celle-ci sans en conserver les principaux attributs (1). C'était pour lui, non pas une charge dont il pût être destitué, mais un droit inhérent à sa qualité de père et dont on ne pouvait le dépouiller. — Il est probable néanmoins que l'on admit l'extinction par arrivée du terme imposé dans un testament au droit d'administration et de jouissance du père, puisqu'on avait admis la validité même de la clause absolue de non usufruit et de non administration. — Ces deux attributs étaient d'ailleurs en général toujours réunis dans les mêmes mains, et les Romains ne paraissent pas s'être figurés que l'un pût cesser, tandis que l'autre resterait aux mains du père.

Pour étudier les modes d'extinction du pécule adventice, il suffira, dès lors, de parcourir ceux de

(1) En cas de folie, le père conservait la puissance paternelle, et était seulement privé de l'exercice de son droit d'administration.

la puissance paternelle, et d'en analyser rapidement les effets relativement aux biens du fils.

1^o *Mort du père.* — Le fils de famille, qui devient sui juris par la mort de son père, prélève son pécule adventice (2) sur la succession paternelle. C'est alors seulement qu'il peut exercer sérieusement les droits et actions qui lui compètent. Quant à la preuve de la qualité des biens, en l'absence d'inventaire, elle devait souvent présenter de sérieuses difficultés (3). — Si le petit-fils, après la mort de l'aïeul, tombait sous la puissance intermédiaire du père, celui-ci, devenu à son tour administrateur et usufruitier légal du pécule de l'enfant, exerçait en son nom tous ses droits dans la succession de l'aïeul. Mais les intérêts de l'un et de l'autre étant souvent contradictoires, puisque le père était en même temps héritier de l'aïeul, il est probable que l'on nommait ici au fils un curateur spécial, comme en matière de tutelle.

(2) La création du pécule adventice amena en matière de *collatio bonorum*, une profonde injustice. La *collatio bonorum* par l'émancipé n'avait sa raison d'être que dans l'incapacité d'acquérir des enfants sous puissance. Lorsque cette incapacité eut cessé, il arrivait que des émancipés fussent tenus de rapporter des biens provenant de la même source à laquelle les sui avaient puisé, alors que ceux-ci gardaient les leurs. De là, la loi 17 au Code, de collationibus (vi, 20), promulguée en 467 par Léon, et diverses constitutions de Justinien (L. 20 de collationibus; Nouvelles 115 et 118), qui suppriment la *collatio bonorum*, et établissent un *rapport* analogue à la *collatio dotis* et au rapport moderne.

(3) Surtout lorsqu'il ne s'agissait pas des *bona materna*. C'était évidemment au fils, revendiquant un bien comme sien dans la succession de son père, de prouver l'origine de cette acquisition. — La question était plus délicate, lorsque le bien

2° *Mort du fils.* — Primitivement, le fils de famille était incapable de laisser une hérédité légitime ou testamentaire : ses biens étaient recueillis par son père jure peculî. — L'incapacité de tester subsista ; mais les règles des successions furent bientôt modifiées. Nous avons déjà rencontré çà et là diverses réformes, qui, enlevant au père un bien du fils de famille défunt pour l'attribuer au petit-fils ou au frère sub eâdem potestate, vinrent grossir successivement le pécule adventice de ces derniers, et rentraient ainsi dans le cadre de notre chapitre premier. Il ne reste plus qu'à les grouper, pour voir comment le *pécule adventice devint peu à peu l'objet d'une véritable succession ab intestat.*

En 339 (4), Constance déclare que, si le fils de famille meurt avant l'âge de 7 ans, ses biens, qui sont tous materna, seront recueillis par ses héritiers maternels. — En 426 (5) et en 439 (6), Théodose et Valentinien déroberont à l'application de la vieille règle, d'abord les bona materna, puis les lucra nuptialia ; ces biens forment, désormais, une véritable hérédité et à ce titre sont dévolus d'abord aux descendants du défunt, et à leur défaut au père ou à l'aïeul, le

était détenu par le fils, auquel le père en avait abandonné la jouissance à titre profectice. Fallait-il, selon la règle établie pour les donations entre époux (L. 6 in fine, C., v, 16), présumer toujours que le bien acquis par le fils lui venait de son père, sauf au fils à administrer la preuve contraire ? Ou n'était-il pas plus juridique de mettre la preuve de l'origine de l'acquisition à la charge des héritiers ? Il semble que la règle du droit commun « *Actori incumbit probatio* » dût trouver ici son application.

(4) L. 4, C. Th., de bonis maternis.

(5) L. 10, C. Th., de bonis maternis.

(6) L. 3, C. J., de bonis quæ liberis. Accarias, § 438.

père étant toujours préféré à l'aïeul, et ne laissant à celui-ci que l'usufruit. — En 469 (7), Léon et Anthémius, statuant sur les *lucra nuptialia* seuls, font encore passer avant le père, les frères et sœurs du défunt, les germains d'abord, puis les utérins et les consanguins.

Enfin Justinien applique ces règles exceptionnelles, d'abord aux *bona materna vel materni generis* (8), puis à tous les autres biens adventices quelle qu'en soit l'origine. Toutefois, la mère est admise à concourir avec les frères et sœurs et à leur enlever soit une part virile, soit une moitié, suivant qu'il y a des frères ou qu'il n'y a que des sœurs. Dans tous les cas, Justinien conserve au père l'usufruit qui lui a appartenu du vivant de l'enfant sur l'ensemble de ces biens (9). — La Nouvelle 118 apporte une dernière modification à toutes ces règles, en admettant le concours du père avec les frères et sœurs germains, mais en le privant de l'usufruit sur la part que ceux-ci recueillent concurremment avec lui. — Désormais le pécule adventice, auparavant recueilli *jure peculi* par le père, est devenu par ces transformations successives l'objet à tous les points de vue d'une véritable succession *ab intestat* (10).

(7) L. 4, C. J., de bonis quæ liberis.

(8) L. 11, C. J., *Communia de successionibus*, vi, 59. — L. 6, § 1, de bonis quæ liberis. — L. 11, de legitimis heredibus.

(9) L. 7, § 1, C., ad S. C. Tertullianum. — Nov. 118, ch. 1. — Cette solution était en harmonie avec la règle nouvelle de la loi 17, de Usufructu. Voir la note suivante.

(10) Avant Justinien, l'usufruit dont le fils était titulaire et dont le père jouissait comme bien adventice, ne s'éteignait, au décès du fils, que s'il avait été acquis par testament; si, au contraire, il était le résultat d'une acquisition entre vifs, il

3^o *Capitis diminutiones du père et du fils.* — La perte de la *libertas* ou de la *civitas*, encourue soit par le père, soit par le fils, en éteignant la puissance paternelle, mettait fin en principe aux droits d'usufruit et d'administration : mais il fallait ici tenir compte des effets importants du postliminium. — Pendant la captivité du père, le pécule comme le reste de ses biens, était administré par un curateur, qui pouvait d'ailleurs être le fils (11). En cas de mort du père captif, à raison de la rétroactivité (12) de la qualité de sui juris du fils, les aliénations faites par lui dans l'intervalle étaient validées, et les fruits perçus lui étaient acquis en propre. — De même, on attendait pour ouvrir la succession du fils captif qu'il fût décédé chez l'ennemi : le père continuait dans l'intervalle à administrer le pécule adventice, mais il devait restituer aux héritiers les fruits à partir du jour de la captivité.

La *restitutio in integrum*, obtenue après une condamnation à la *deportatio*, ne produisant pas d'effet rétroactif, il n'y avait lieu de prendre en ce cas aucune mesure provisoire. — Si la condamnation était de nature à entraîner la confiscation, c'était contre le fisc que le fils de famille faisait valoir ses droits. (Mais le fisc, à la différence des héritiers ordinaires, ne payait les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif.)

durait tant que vivait le père. (Frag. Vatic., § 57). A partir de la loi 17 au Code, de Usufructu (xiii, 33), cette dernière solution devint la règle générale. Voilà donc un bien du pécule adventice, qui, par exception, était toujours recueilli par le père.

(11) L. 6, § 4, D., de tutoribus (xxiv, 5). — L. 6, § 2, D., quibus ex causis (xlii, 4).

(12) L. 18, D., de captivis (xlix, 15). — Gaius I, 129.

Quant à la *relegatio*, bien qu'elle ne dissolvât pas la puissance paternelle, il est évident que le père de famille, qui encourait cette peine, perdait en fait l'administration et la jouissance du pécule adventice.

Si le père de famille se donne en *adrogation* et subit ainsi la *minima capitis diminutio*, son droit d'usufruit s'éteint par l'effet de cette diminutio, mais il renaît au profit de l'adrogeant, devenu le pater familias des enfants de l'adrogé. — Sous Justinien, comme l'adrogé reste propriétaire de ses biens, et que d'autre part la *minima capitis diminutio* n'est plus une cause d'extinction de l'usufruit, l'adrogé conserve son usufruit légal en droit, et l'adrogeant n'acquiert que l'usufruit de cet usufruit (13).

Si le fils de famille est donné par son père en *adoption* à un tiers, le père transmet à l'adoptant tous ses droits sur le pécule adventice (14). — Mais ici se pose une question délicate. Supposons que le fils de famille fût titulaire d'un droit d'usufruit, compris dans son pécule. Avant Justinien, cet usufruit s'éteignait en sa personne, à raison de la *capitis diminutio* résultant de l'adoption, sauf pour le père naturel le droit d'en jouir quand même jusqu'à son décès, si l'usufruit était le résultat d'une acquisition entre vifs. Mais, lorsque la *minima capitis diminutio* n'eut plus pour effet d'éteindre l'usufruit, on dut se

(13) Inst., § 3, De usufructu (II, 4), et Inst., § 2, de adquis. per adrogationem (III, 10). Les biens de l'adrogé sont assimilés au pécule adventice du fils de famille.

(14) Sous Justinien, seulement si l'adoptant est un ascendant naturel de l'enfant adoptif (Inst., de Adoptionibus, I, 11, § 2).

demandeur qui devait en profiter, du père naturel, ou du père adoptif. Il semble résulter des lois 16 et 17 au Code, de usufructu, qu'il restait entre les mains du père naturel (15).

4° *Emancipation*. — L'émancipation était devenue très fréquente sous le Bas Empire, depuis que l'on avait remédié aux principaux inconvénients de la rupture des liens d'agnation. Elle était presque d'usage, lorsque le fils atteignait l'âge de 25 ans (16), *legitima ætas*, et sans doute aussi lorsqu'il se mariait. La loi 1, au Code, de *patria potestate*, admet en outre l'émancipation tacite, lorsque le père a souffert pendant longtemps, *diu passus est*, que son fils se comportât comme un *pater familias*. Quant à l'émancipation expresse, Justinien en simplifia la forme, en abrogeant la nécessité des lettres du prince (constitution anastasienne), et en se contentant d'une simple déclaration du père devant le juge compétent.

Mais l'organisation du pécule adventice exposait ici le fils à un danger spécial : c'est que le père était intéressé à ne pas l'émanciper, afin de ne pas perdre, avec sa puissance paternelle, l'usufruit qui en était la conséquence. Aussi, dès le principe, Constantin avait cherché à atténuer le danger, en permettant au père de retenir, comme prix de l'émancipation, un tiers des *bona materna*, en pleine propriété (17).

(15) L. 16, § 2, Code, de usufructu (III, 33).

(16) L. 2, C. Th., de bonis maternis : *Cum ætates legitimæ liberorum parentes ad emancipationem invitaverint* ». L'émancipation pouvait d'ailleurs avoir lieu au profit d'un mineur et même d'un infans. (Loi 2, C. Th., VIII, 12, de donationibus, en 316). Le père faisait alors fonction de tuteur.

(17) L. 1 et 2, C. Th., de maternis bonis. — Il était d'usage, lorsque le père émancipait son fils, qu'il lui fit une donation,

C'était comme un présent, « *tanquam munus* », que le fils émancipé faisait à son père, en reconnaissance de l'octroi de sa liberté, « *ne videatur ingratus* ». Si le père l'acceptait, le partage se faisait « *boni viri arbitrio* ». Le père acquérait d'ailleurs sur ce tiers tous les droits d'un propriétaire (18).

Les constitutions de Constantin furent confirmées par ses successeurs (19), et étendues naturellement aux divers biens qui formèrent successivement le pécule adventice. — Mais Justinien, par la Loi 6 § 3, de bonis quæ liberis, modifia le tarif de l'indemnité due au père. A la propriété du tiers, il substitua l'usufruit de la moitié, pensant ainsi traiter plus favorablement le père, et, en même temps, ménager mieux les intérêts et l'avenir du fils (20).

Un autre danger était encore à craindre, c'est que le père hésitât à émanciper un fils, qui n'avait pas encore un pécule adventice important, mais qui, d'un jour à l'autre, pouvait recueillir la succession soit de sa mère, soit d'un aïeul maternel. Le père eût été,

afin que celui-ci ne fût pas sans ressources (L. 2 et 6, C. J., de emancip., lib. VIII, 49; L. 11, C. J., de donationibus; L. 2, C. Th., VIII, 12). La création du pécule adventice restreignit évidemment cet usage. Néanmoins il lui arrivait encore fréquemment d'abandonner à son fils, précisément ce tiers que lui réservait la loi (L. 2, C. Th., de bonis maternis); en outre du pécule profectice, qui était censé donné à l'émancipé si le père ne se l'était pas expressément réservé (L. 17, C. J., de donationibus).

(18) Constantin conseille aux fils de famille de mériter, par leurs soins affectueux, que leur père leur retransfère cette portion de leur patrimoine.

(19) L. 9, C. Th., de maternis bonis; L. 3, C. J., VI, 60; L. 2, C. J., VI, 61.

(20) Inst., Per quas personas nobis adquiritur, II, 9, § 2.

en effet, par l'émancipation actuelle, privé de tout le bénéfice qu'aurait pu lui procurer la succession future. — En 426, Théodose et Valentinien (21) essayèrent de prévenir ce danger, en accordant au père l'usufruit d'une part virile dans la succession déferée plus tard à l'enfant émancipé. — Cette compensation, qu'on lui promettait à l'avance, avait le tort d'être variable, et de ne pas être en harmonie avec celle accordée en cas d'émancipation postérieure à l'ouverture de la succession. Comme l'on appliquait simultanément les deux règles, lorsqu'il y avait à la fois des émancipés antérieurs et postérieurs à cette ouverture, il en résultait souvent des inégalités regrettables (22).

L'émancipation pouvait être révoquée pour *ingratitude* (23), au moins depuis Constantin (330) et Valens (367). Cette révocation, qui entraînait, avec le retour au père des donations par lui faites à l'émancipé, le rétablissement de la puissance paternelle, avait naturellement pour conséquence la perte pour le fils de l'administration et de la jouissance. — Mais les actes, faits dans l'intervalle, étaient valables ; et les fruits perçus et gardés par le fils, loin d'être acquis au père, formaient un capital dont celui-ci n'avait que l'usufruit.

(21) L. 9, C. Th., de bonis maternis; L. 3, C. J., eod. tit.

(22) Soient 4 enfants, dont 2 émancipés la veille et 2 le lendemain de la mort de leur mère; du chef des deux premiers ensemble, le père aura seulement $\frac{1}{6}$ en usufruit, tandis que, du chef des deux derniers, il retiendra soit $\frac{1}{6}$ en propriété, soit $\frac{1}{4}$ en usufruit.

(23) Frag. Vat., 248; — L. un., C. Th., VIII, 14; L. un., C. J., de ingrat. liberis, VIII, 50.

5° — *L'élévation à certaines dignités* (24), en détruisant la puissance paternelle, donnait enfin au fils la libre administration et jouissance de ses biens adventices. Justinien lui attribue même en ce cas le pécule profectice en pleine propriété.

(24) Nov. 81.

CHAPITRE SIXIÈME.

Du pécule adventice extraordinaire.

Les commentateurs modernes ont donné le nom de *pécule adventice extraordinaire ou irrégulier* aux quelques rares hypothèses, où le droit romain avait admis que le père serait privé de l'usufruit et de l'administration des biens adventices de ses enfants.

Il comprenait :

1^o Les biens acquis par l'enfant malgré le père, notamment les successions, ou même sans le père si celui-ci était furiosus (1);

2^o Les biens donnés ou légués par un tiers, sous la condition expresse que le père n'en aurait pas l'usufruit (2). — Cette condition, d'ailleurs, n'était valable que pour la quotité disponible; car la réserve devait entrer dans le patrimoine de l'enfant sans aucune restriction et ne pouvait dès lors échapper à l'usufruit du père;

3^o Les biens recueillis par l'enfant, concurrem-

(1) Voir pour les détails ci-dessus : Chapitre III, Acquisition du pécule adventice, — et, pour le cas de folie du père, la loi 52, de *Acquirendâ hereditate*. Mais on peut se demander si le père furiosus n'aurait pas l'usufruit (L. 8, § 1, De *his qui alieni juris*).

(2) Novelle 117, ch. 1.

ment avec son père, dans la succession ab intestat de ses frères ou sœurs germains, en vertu de la Novelle 118, ch. 2 (3) ;

4° Le fidéicommiss que le père avait été chargé de remettre dans la suite à son fils, et dont, en attendant, il dissipait frauduleusement les biens (4). — Dès le second siècle, Adrien en avait ordonné la restitution immédiate au fils de famille, héritier fidéicommissaire ;

5° Enfin tous les biens du père et de la mère, en cas de divorce par consentement mutuel, sous Justinien (5).

A — Le fils de famille *majeur* avait la propriété pleine et entière de son pécule extraordinaire, avec tous les droits d'un *pater familias* ; il avait la faculté absolue d'en disposer, « *licentiam habet quomodo*

(3) Les lois 13 § 1, Comm. de succ., et 11, de legit. hered. (en 529 et 532), donnaient au frère, germain ou non, de préférence au père, la totalité des *bona materna et nuptialia* ; le père en avait en compensation l'usufruit. — En accordant au père, par la Novelle 118, le droit de concourir avec le frère dans le partage de la propriété même, Justinien crut équitable de réserver au fils l'usufruit de la portion qui lui restait. La règle était applicable à tous les biens composant la succession.

(4) L. 50, D., ad. S. C. Trebellianum, xxxvi, 1. — En ce sens, Mainz. Mais beaucoup d'auteurs n'admettent pas la généralisation de cette loi. Vangerow fait avec raison observer que la loi 50 s'occupe d'un fidéicommiss et non d'un pécule. Les lois 6 § 2, de bonis quæ liberis, et 13 § 2, ix, 51, sont absolument contraires à cette extension de la déchéance.

(5) Sauf 1/4 qui passait aux couvents (Nov. 134, c. 11). — On pourrait ajouter à cette énumération, d'une part, l'hypothèse où le père a abandonné à son fils son droit de jouissance sur les biens adventices (Contra, Vangerow, § 237, note B), et d'autre part celle de la loi 8 in fine, de bonis quæ liberis (En ce sens, voir Doneau, IX, 8, 27).

velit disponere » (6), dit la Nouvelle 117, comme s'il s'agissait d'un pécule castrans ou quasi-castrans, avec cette différence pourtant que le testament lui restait interdit (7).

Mais il pouvait donner à cause de mort (L. 7, § 4, Dig., de donationibus), bien que la donation à cause de mort fût assimilée au legs sous Justinien.

Quant à l'exercice des actions relatives au pécule extraordinaire, on admet généralement que le fils ne pouvait plaider qu'après avoir obtenu le consentement de son père, au moins en ce qui concerne les actions héréditaires (sic Vangerow). On peut en conclure que la prescription ne courait pas contre lui, et cette assertion est confirmée par la généralité des termes de la loi 1 au Code, in fine, de annali exceptione.

B — S'il était *imperfectæ ætatis*, on chargeait en général un curateur spécial de l'administration de ses biens.

Dans le cas de succession acquise malgré le père par le fils pubère et mineur, celui-ci demandait au juge compétent de nommer un curateur à l'hérédité, pour en administrer les biens jusqu'à sa majorité (8).

Lorsque les biens provenaient d'un legs fait au mineur avec condition de non usufruit du père, le testateur désignait le plus souvent lui-même celui qui serait chargé de l'administration. Ce curateur désigné pouvait même être la mère ou l'aïeule de

(6) La question fut controversée plus tard dans les pays de droit écrit, à raison du sens du mot, *diuitem*, de la Nouvelle originale. — Voir ci-dessous, Droit ancien.

(7) L. 11, Code, qui test. fac. pos. (vi, 22).

(8) L. 8 § 1, de bonis quæ liberis.

l'enfant, malgré leur situation d'épouse du père ou de l'aïeul qui avait la potestas. — Si le testateur avait négligé cette précaution, si l'administrateur choisi refusait de remplir ses fonctions, ou encore s'il mourait avant la majorité du fils, le magistrat était tenu de lui nommer un curateur (9).

Il devait en être de même, malgré le silence des textes, dans les quatrième et cinquième hypothèses de pécule adventice extraordinaire, que nous avons énumérées ci-dessus.

Quant au cas de la Novelle 118, il est probable que le père était chargé de l'administration, sauf à rendre compte des fruits comme un véritable tuteur : il n'y avait pas en effet de motif de lui enlever la gestion de ces biens.

En cas de folie du fils de famille, le père remplissait à l'égard du pécule adventice extraordinaire les fonctions de curateur (10).

En législation pure, la généralisation du pécule adventice extraordinaire serait peut-être l'idéal : le fils indépendant et propriétaire, administrant lui-même ses biens, à partir de sa majorité et en faisant les fruits siens à toute époque ; tant qu'il est mineur, le père, ou à son défaut un tiers, restant chargé de l'administration, mais avec un système de garanties sérieuses, telle semble être la solution que les Codes modernes sont appelés un jour à consacrer définitivement. — On voit que le droit romain, même à la fin

(9) Nov. 117, c. 1.

(10) L. 7, C., de curat. furiosi (v, 70). — Voir ci-dessus, Chap. IV, § 2.

du règne de Justinien, était encore bien loin d'un progrès que notre Code civil lui-même n'a pas encore osé complètement réaliser. — Sans doute un pas immense était accompli ; l'ancienne unité familiale était brisée ; l'indépendance et l'aptitude du fils à être propriétaire étaient largement reconnues ; l'extension des pécules castrans, quasi-castrans et adventice extraordinaire, la multiplicité des émancipations et les droits nouveaux de l'émancipé avaient transformé profondément l'organisation de la famille. — Mais il restait encore bien des réformes à faire. Il fallait, en premier lieu, faire cesser les droits d'administration et de jouissance de l'enfant à la majorité. L'administration n'avait plus de raison d'être après, et, même avant, le droit de jouissance absolu pouvait difficilement se justifier. Il fallait fixer d'une façon précise les règles de cette administration, et accorder au fils mineur des garanties plus sérieuses. Le Code Napoléon lui-même n'a pas su remplir suffisamment ce programme. — Mais avant de chercher les raisons de cette impuissance, il importe d'étudier comment la pécule adventice du Bas Empire s'est comporté au Moyen-Age, et de voir si les coutumes, avec lesquelles il se trouvait en lutte, n'avaient pas apprécié d'une façon plus exacte le véritable caractère de la puissance paternelle.



ANCIEN DROIT

ANCIEN DROIT

DESTINÉES DU PÉCULE ADVENTICE EN FRANCE

Législation coutumière. — Droit intermédiaire.

CHAPITRE PREMIER

Gaulois, Gallo-Romains et Barbares.

§ 1^{er} — GAULOIS ET GALLO-ROMAINS.

Les coutumes de la Gaule primitive, avant l'invasion romaine, sont restées jusqu'ici enveloppées d'une telle obscurité, qu'il est difficile de rien affirmer de bien net et de bien précis à leur égard; il semble, néanmoins, qu'en matière de puissance paternelle, elles aient présenté une certaine analogie avec l'ancien droit de Rome. C'est du moins ce que constate Gaius au titre premier de ses Insti-

(1) Instit., I, 55. — Gaius parle, il est vrai, des Galates et non des Gaulois; mais l'on employait parfois les deux termes indistinctement: en tout cas, les Galates étaient issus des Gaulois, et devaient avoir conservé leurs coutumes d'origine. — César (Comment., VI, 49) dit que le père gaulois avait le droit de vie et de mort sur ses enfants. Mais, ce droit se trouve à l'origine

tutes (1). Le père gaulois comme le pater familias romain avait une puissance absolue sur la personne et sur les biens de ses enfants.

Toutefois, si l'on en croit Laferrière (2), deux différences importantes auraient distingué l'organisation personnelle et réelle de la famille gauloise.

1° *L'émancipation par mariage*. — Le mari est, en effet, d'après César (3), investi de la toute-puissance sur la personne de sa femme. Or il est de *principe* qu'on ne peut avoir les autres en sa puissance, quand on est soi-même sub potestate (4). C'est donc, dit Laferrière, que le fils de famille marié est affranchi de la puissance paternelle. — Mais il faut remarquer que ce prétendu principe est une simple règle romaine, dont l'application en Gaule avant les Romains est fort contestable. D'ailleurs César ne parle pas du *fils marié*, mais du *mari* en général. Le texte n'établit donc pas péremptoirement l'émancipation par mariage (5); il n'y a qu'une possibilité.

de toutes les sociétés. — Saint Paul, dans une épître aux Galates (IV, 1, 2), leur parle de la puissance paternelle, d'après laquelle « heres nihil differt a servo ».

(2) Histoire du droit français, II, p. 72 et 98. — Par un procédé qui ne manque pas d'une certaine logique, M. Laferrière estime que toute coutume qui, au moyen-âge, se présente avec un caractère d'ancienneté avéré, et qui, d'autre part, ne paraît empruntée ni à Rome ni à la Germanie, serait un débris des vieilles traditions celtiques. Néanmoins, ce système est trop peu scientifique pour permettre d'aboutir à des résultats certains.

(3) Comm., VI, 19.

(4) In suâ potestate non videtur habere qui non est suæ potestatis (L. 20, Dig., XLVIII, 5).

(5) Les lois de Howel (Collection of ancient Laws and Institutes of Wales, II, p. 74) ne le prouvent pas d'avantage.

2° *L'affectation du patrimoine à la famille*, et la prédominance presque exclusive de la succession légitime sur la succession testamentaire (6).— L'idée de copropriété familiale était si forte, d'après Laferrière, que le fils pouvait s'opposer à ce que son père vendît les biens de la famille. S'il acquérait pour le père ou plutôt pour la famille, ces acquêts ne pouvaient pas (à la différence de Rome) être aliénés sans son consentement, et il était sûr de les retrouver plus tard dans le partage égal des biens du père (7).

(6) Cette différence avec Rome s'expliquerait fort bien par la différence d'organisation sociale. En Gaule, la vie politique n'était pas absorbée par la vie de clan et de tribu ; les liens unissant les familles dans la tribu étaient fort étroits ; il fallait que chaque famille fût conservée avec ses ressources, afin que la force et la richesse de la tribu fussent maintenues. — A Rome, au contraire, la vie de cité domine tout ; le citoyen s'élève au-dessus de l'homme ; l'individualisme domine l'idée de famille et le pouvoir de tester apparaît comme un attribut de la souveraineté individuelle du citoyen, combinée avec la souveraineté collective de la nation (*testamentum calatis comitiis*). — Mais la preuve de cette différence est-elle faite péremptoirement ? 1° Laferrière cite un texte de César (VI, 13) d'après lequel la juridiction des druides s'exerçait de *hereditate*. Mais le mot *hereditas* s'applique bien parfois à la succession testamentaire ; et d'ailleurs l'argument « qui dicit de uno negat de altero » n'est pas probant. 2° On invoque une lettre de Symmaque à Ausone (Epist. I, 15), où il est dit qu'en Gaule « *heredes gignuntur, non scribuntur* ». Or, M. Cauwès, à son cours d'histoire du Droit (1883), a soutenu avec assez de vraisemblance, que ce texte peut avoir un autre sens ; et d'ailleurs Saint-Paul (Épître, III, 13) cite pour se faire comprendre des Galates l'exemple du testament.

(7) Gwætir, *Leges Wallicæ*, (II, 17 et IV, 85). Il n'est nullement prouvé que les *leges Wallicæ* soient la reproduction des lois de la Gaule. Elles ont été rédigées pour la Cambrie et le pays de Galles, près de 8 siècles après l'invasion de la Gaule

— Mais les textes que cite Laferrière sont encore ici trop peu précis pour établir autre chose qu'une simple probabilité.

En général, chez un peuple vaincu, l'organisation personnelle et réelle de la famille résiste longtemps à l'assimilation. Mais les Gaulois étaient amateurs de choses nouvelles (8), et, d'ailleurs, à raison de l'analogie que nous avons signalée, ils purent croire, en adoptant le droit de Rome, qu'ils retenaient en grande partie leur droit familial national. Les différences possibles, signalées par Laferrière, durent être presque complètement effacées, au moins dans le *midi* de la Gaule, par une domination de quatre siècles; en tout cas les codes gallo-romains des cinquième et sixième siècles n'en portent pas la trace.

Mais il semble que dans le *nord*, qui subissait de moins près l'influence romaine, les vieilles coutumes, quelles qu'elles fussent d'ailleurs, aient dû se maintenir avec plus d'énergie. Les peuples de ces régions étaient restés longtemps *libres et alliés*, c'est-à-dire conservant leurs propres lois et une certaine indépendance; cette indépendance persista même après l'extension de la cité romaine à toutes les provinces. En fait, on ne pouvait forcer le père de famille à faire un testament, et l'usage de préférer la succession légitime dut persister naturellement. — D'autre part, une double influence extérieure vint bientôt réagir contre l'adoption du système

par César; et la préface déclare « que les rédacteurs ont maintenu certaines lois ou coutumes, qu'ils en ont corrigé ou même abrogé d'autres; qu'ils en ont établi aussi de nouvelles ». Comment distinguer dès lors parmi ces lois, celles qui venaient de la Gaule celtique ?

(8) César, *Commentaires*, passim.

familial romain : 1° Le christianisme, qui ne pouvait lutter sur ce point dans le midi contre l'idée de la potestas romaine, était favorable à l'émancipation par mariage ; or, dès le troisième siècle, il avait fait de grands progrès dans le nord, où il trouva peut-être en cette matière un terrain moins travaillé par Rome. 2° Ensuite, l'infusion continuelle du sang germain devait renforcer naturellement, chez les Gaulois d'outre-Loire, la résistance à l'idée de famille romaine. — Aussi ne semble-t-il pas trop aventureux de dire avec Laferrière (9) que, dès cette époque, avant les grandes invasions et sous le régime gallo-romain, il aurait existé une sorte de scission entre le nord et le midi de la Gaule. La division en pays de droit écrit et pays de coutumes, aurait dès lors des racines bien plus profondes et plus anciennes que celles qu'on lui attribue généralement. Ces différences s'accusèrent et se perpétuèrent avec d'autant plus de force que les barbares, qui envahirent bientôt la Gaule et s'y établirent définitivement, apportèrent avec eux, en matière de droit de famille, l'idée du *mundium*, absolument opposée à celle de la *patria potestas* (10). C'est précisément au nord qu'ils s'implantèrent et se maintinrent en plus grand nombre ; et c'est dans ces mêmes provinces du nord, qui formeront la France coutumière, que nous retrouverons les mêmes principes après un travail d'élaboration de plusieurs siècles (11).

(9) Laferrière, II, 475. — Savigny, *Introduction à l'histoire du Droit romain*. — Malécot et Blin, *Frécis de droit féodal et coutumier* : Introduction.

(10) Voir ci-dessous, p. 120.

(11) Notamment dans les coutumes de Reims, Troyes, Char-

Sauf ces divergences possibles, la puissance paternelle chez les Gallo-Romains était régie, au point de vue des biens comme au point de vue de la personne, par les règles de la *patria potestas* romaine. Les importantes constitutions impériales, qui, aux quatrième et commencement du cinquième siècle, innovèrent en cette matière, y eurent force de loi, et, en vertu du *principe de la personnalité*, y persistèrent intactes après l'invasion des barbares. Les Gallo-Romains vaincus et soumis continuèrent pendant plusieurs siècles à être régis par le droit de Rome.

Mais ce droit de Rome, c'était celui du jour de la conquête, *c'était le droit du Code Théodosien* (12), et c'est celui-là presque seul (13), qui fut consigné dans les lois rédigées par les Visigoths et les Burgondes pour leurs sujets romains. Le *Bréviaire d'Alaric* et le *Papien* sont antérieurs d'une trentaine d'années (14) à la législation de Justinien, laquelle ne fut connue en Gaule qu'aux *x^e* et *xii^e* siècles (15). — Or on sait que c'est Justinien qui a perfectionné la théorie du pécule adventice. A

tres, etc. — Ces coutumes admettent l'émancipation par mariage.

(12) Rédigé en 438.

(13) On y ajouta quelques constitutions des premiers successeurs de Théodose II.

(14) Le Bréviaire d'Alaric date de 506. Le Papien fut rédigé entre 470 et 516, à une date que l'on ne peut exactement fixer.

(15) Sauf quelques textes, notamment en matière ecclésiastique, qui sont reproduits dans les capitulaires et formulaires (Savigny II, passim). L'Épitome de Julien et les Nouvelles de Justinien semblent avoir été connues de Louis le Débonnaire et de Charles le Chauve (Savigny I, p. 100).

l'époque de Théodose II, il était encore fort restreint, et la plus grande partie des biens, acquis par le fils de famille, passait en pleine propriété au père, dont la puissance conservait, au moins sur ce point, un caractère absorbant et despotique. — C'est donc avec un pécule réduit aux seuls bona materni generis et matrimonialia, que vécurent pendant plus de sept siècles les fils de famille gallo-romains.

Le Bréviaire d'Alaric ne contient même pas, sur ce point, les quelques extensions établies par les Nouvelles post-théodosiennes entre 438 et 506; notamment, on n'y trouve pas mentionnées les constitutions de 439, 469 et 471, qui forment les lois 3, 4 et 5, au Code de Justinien, de bonis quæ liberis. — Il n'a pas reproduit d'avantage la loi 5, C. J., de secundis nuptiis, qui était venue, en 444, enlever au père remarié la nue propriété des gains nuptiaux pour l'attribuer aux enfants du premier lit. Il est vrai que les rédacteurs pouvaient s'en croire dispensés, à raison de l'*interprétation* qu'ils avaient annexée à la loi 2, du Bréviaire, eod. tit., relative à la mère remariée (16). — D'autre part, et à raison peut-être de cette haine des secondes noces qui a inspiré l'interprétation extensive dont nous venons de parler, ils ont omis de

(16) L'interprétation annexée assimile en effet le père remarié à la mère remariée pour laquelle est faite la loi 2. — C'est à tort que Laferrière prétend que, sur ce point, le Code d'Alaric aurait été en avance sur le droit romain ordinaire, puisque la loi 5 C. J., de secundis nuptiis, date de 444. — Il ne faut donc pas voir là une trace de l'influence des idées germanes favorables à l'égalité des époux. L'influence germane sur la rédaction des Codes gallo-romains du VI^e siècle a été minime. C'est tout au plus si l'on peut signaler, dans le Papien, l'introduction de la tutelle au profit de la mère.

mentionner la loi 4, C. J., de bonis maternis, qui restituait au père remarié l'usufruit des bona materna, supprimé par Constantin (17). -- Peut-être que ces diverses constitutions, promulguées hors de Gaule, et depuis l'invasion Germaine, n'étaient pas parvenues jusqu'à eux; et pourtant on trouve au Bréviaire des lois post-théodosiennes de la même époque, et édictées par les mêmes Empereurs.

C'est dans ces conditions peu favorables au fils de famille, que le Bréviaire d'Alaric resta pendant toute la période de la personnalité des lois, le droit commun des Gallo-Romains, ainsi que du clergé (18).

§ 2. — BARBARES.

Cette situation des fils de famille Gallo-Romains devait paraître d'autant plus précaire, que les Barbares, qui vivaient côte à côte avec eux sur le même territoire, étaient régis en cette matière par des principes tout différents.

Une des institutions les plus importantes et les plus caractéristiques du droit de famille german, c'est assurément le *mundium* (tuitio, defensio, munitio dans les textes latins; munt, muntput, maimbour, maimbournie en langue germane ou franque), sorte de tutelle ou de protection spéciale accordée

(17) L. 3, C. Th. — La loi 4, C. J., a été promulguée par Léon en 468.

(18) Le Papien, bien moins complet, disparut de bonne heure. On a trouvé, au contraire, de nombreux manuscrits du Bréviaire, dans toutes les régions de la Gaule, et notamment en Normandie et à Lyon. — Savigny, I, 105. — M. Caillemet, à son cours 1881-82,

au faible et au mineur (19). — Tandis que la *potestas* romaine conférait à qui l'exerçait un *droit absolu*, qui lui faisait absorber à son profit tous les droits des individus sub potestate, le *mundium* supposait au contraire que la personne, ayant besoin d'assistance, était libre et possédait des *droits individuels* qu'elle se trouvait seulement incapable d'exercer et de défendre seule. — Sa personnalité et son indépendance étaient pleinement reconnues ; le tuteur ou maimbour ne suppléait qu'aux lacunes et aux imperfections qu'elle présentait, à raison de son âge, de son sexe ou de l'état de ses facultés. La potestas conférait surtout des prérogatives, un *pouvoir* à celui qui en était investi. Le mundium avait au contraire pour objet d'assurer une garantie, une *protection* à celui qui y était soumis, et constituait pour le mainbour bien moins un droit, qu'un devoir de famille (20).

Cette institution fort ancienne du mundium, fut reconnue et consacrée, dans les diverses lois rédigées en Gaule au *vi^e* siècle pour les barbares, ainsi que dans les édits, capitulaires, canons et formulaires

(19) Pardessus, *Loi salique*, 3^e dissertation. — Laferrière, III, passim — Lehr., *Droit civil germanique*, p. 306, 371 et 385. — Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, II, p. 197. — En dehors même de la famille, le terme de *mundium* indiquait le principe général de tutelle, appliqué en des mesures différentes, par le roi, à l'égard des antrustions placés sous sa parole et sauvegarde (*in verbo, in truste regis*), par le chef de bande envers ses compagnons, etc...

(20) Si, dans son application au fils de famille et à l'orphelin mineur, le mundium était tout à l'avantage du protégé, il faut reconnaître qu'à l'égard de la femme il était moins libéral, et présentait une singulière analogie avec la tutelle perpétuelle des femmes romaines.

des époques mérovingiennes et carlovingiennes (21). — On en trouve également des traces pures de tout alliage, dans les premières coutumes rédigées en Allemagne aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles (22); et c'est de cette origine qu'est sortie en ligne directe la « *vor-mundtschaft* » du droit allemand moderne.

Si, malgré le *mundium*, le droit du père sur la *personne* de ses enfants était encore fort étendu (23), il était singulièrement restreint en ce qui concerne les *biens*. L'enfant mineur pouvait avoir une fortune à lui, et le père n'avait sur cette fortune que les droits d'administration et de jouissance, dont il est encore investi de nos jours (24). La dot, même constituée au profit de la mère par son mari, passait à titre de succession aux enfants, quoiqu'elle fût un bien venu du père (25). Bien loin d'absorber la personnalité de son fils, le père n'avait sur lui qu'une sorte d'autorité tutélaire (26). Il devait être « *maimbour* de ses enfants » (27). La mère d'ailleurs prenait une certaine part de cette autorité, et pouvait même

(21) La Loi *Salique*, rédigée sous Clovis et révisée par Charlemagne, est celle qui accorde en général aux faibles la plus grande protection. — La loi *Ripuaire* date de Thierry I, et fut révisée sous Dagobert. — La loi *Visigothe* (650), qui fut toute-puissante en Espagne, où elle devint loi territoriale (Savigny, II, 50), fut peu pratiquée en France. — La loi des Burgondes, ou loi *Gombette* (517), a laissé au contraire de nombreuses traces de son application, jusqu'aux ^x^e et ^{xi}^e siècles.

(22) Miroir de Souabe, miroir de Saxe, etc...

(23) Loi Visig., iv, 4. — Miroir de Souabe, 291. — Capitulaires, vi, 4.

(24) L. Visig., iv, 2, 13. — Capit. extrav., tit. 8.

(25) Formules de Marculfe, II, 9.

(26) Statuts de Gozlar, 19, 21.

(27) Coutumes de Limbourg, 101.

être tutrice au décès du père (28). — L'enfant mineur pouvait contracter (29) : Il était très valablement l'objet, de la part d'un tiers, d'une de ces institutions contractuelles d'héritier bien plus usitées alors que le testament (30). Il ne pouvait être poursuivi en justice pour affaire civile pendant sa minorité (31).

Mais si le droit germanique accorde *protection aux faibles*, il consacre l'*indépendance des forts*. A l'âge de la majorité qui varie entre 12 et 15 ans (32), l'enfant mâle est complètement libéré de la puissance paternelle. Le mundium cesse, alors même que le fils continue à habiter la maison de son père; il a désormais la complète disposition de ses biens. Il peut agir en justice (33). Il est libre de pourvoir à son existence comme bon lui semble; son indépendance est telle, qu'il peut même se dégager de tout lien de parenté avec les siens, en remplissant, dans l'assemblée judiciaire de la tribu, certaines formalités symboliques prévues par la loi (34). La volonté de l'individu et le sentiment de liberté étaient ainsi plus forts que l'esprit, si puissant alors, de solidarité familiale. — S'il est resté dans la famille, il est copropriétaire des biens immeubles,

(28) L. Burg., 59 et 85. — L. Visig., iv, 2, 13.

(29) L. Rip., tit. 74. — L. Burg., tit. 87.

(30) L. Sal. emend., tit. 48. — Cap. addit. ad leg. Rip. de Charlemagne.

(31) 1^{er} Capitul. de 819, c. 3. — L. Rip., tit. 81.

(32) 12 ans chez les Saliens, 15 ans chez les Ripuaires, forment pour les fils la *perfecta ætas*. Il en est autrement des filles qui restent sous le mundium paternel tant qu'elles ne sont pas mariées.

(33) 3^e Capitul. de 819, c. 5.

(34) En rompant solennellement au-dessus de sa tête quatre bâtons d'aulnes, L. Salic., tit. 63.

conquis par son père, lequel ne peut pas les aliéner sans son concours. La terre salique est un bien qui se transmet intact de mâle en mâle dans la famille(35); c'est ce qu'on appelle les *bona aviatica, paternica*. — Quant aux autres biens paternels, les biens *achetés*, *bona adquisita*, il doit également être consulté pour leur aliénation, ou du moins il a sur eux un droit de préemption, dont on retrouve particulièrement les traces dans les coutumes anglo-saxonnes (36).

Les lois barbares, d'ailleurs rédigées en latin et sous l'influence des idées romaines, empruntèrent en notre matière quelques-unes des solutions du droit romain qui paraissaient favorables à l'enfant. — C'est ainsi, par exemple, qu'en cas de secondes noces, la loi Gombette affecte aux enfants du premier lit la propriété des biens donnés en faveur du mariage; c'est ainsi encore qu'elle admet la *restitutio in integrum* contre l'aliénation des biens des enfants mineurs (37). — De même la loi visigothe, dans sa deuxième rédaction, fixe la majorité à 25 ans, afin de protéger plus longtemps le jeune homme contre les entraînements de son âge (38).

Cette puissante influence du droit romain sur le

(35) L. Salic., tit. 59.

(36) Laferrière, III, 174.

(37) L. Gomb., tit. 51, 53, 82, 85, 87. — L. Salic., Cap. extravag., 8.

(38) L. Visigot., IV, 3. On ne voit pas qu'en revanche les lois, faites pour les sujets romains des rois Francs, aient rien emprunté aux idées barbares, en notre matière. — Notons qu'il n'en fut pas de même en Lombardie, où la loi romaine du IX^e siècle, s'inspirant des idées lombardes, admit l'émancipation par mariage (Savigny I, p. 278; II, p. 165.)

droit barbare alla grandissant sans cesse sous la double action de la société gallo-romaine et de la société ecclésiastique; et il faut bien reconnaître, qu'à beaucoup de points de vue, pendant cette période mixte qui va de la conquête barbare à la féodalité, les nombreux emprunts, faits par les Capitulaires aux lois des vaincus, eurent pour effet d'améliorer profondément les institutions des vainqueurs. — Il fallait bien modifier et presque transformer les usages d'un peuple, qui passait de l'état de tribu, à l'ère nouvelle de société politique et civile. — Mais on alla parfois trop loin dans cette voie d'imitation, et c'est ce qui eut lieu précisément en notre matière. Nous verrons, en effet, qu'aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles, après la fusion des deux races, un grand nombre de coutumes du Nord se trouvèrent avoir déserté les idées de mundium, pour adopter les principes stricts du Bréviaire d'Alaric concernant les biens des enfants sous puissance. Or, à la même époque, le Midi commençait à réagir contre ces mêmes principes, et à entrer dans la voie plus libérale tracée par Justinien.

CHAPITRE DEUXIÈME

*Epoque féodale. — Premières coutumes. —
Le Midi et le Nord de la France jusqu'au
xvi^e siècle.*

Le système féodal confondit ensemble, dans le moule commun du vasselage et du servage, les divers peuples régis auparavant sur un même territoire par des coutumes différentes. La loi du seigneur, ou la loi de la majorité, devint la loi commune de tous les habitants d'un même pays. — Lorsque le régime territorial des coutumes eut ainsi peu à peu remplacé la personnalité des lois (1), le temps et les mœurs finirent par tracer une ligne de démarcation, assez incertaine d'ailleurs, entre le nord et le midi de la France, qui furent dès lors régis par deux droits différents (2). Dans le nord, où les barbares s'étaient établis définitivement et en plus grand nombre, le droit germanique l'emporta en général;

(1) Aux x^e et xi^e siècles, et même à partir du capitulaire de Kiersy-sur-Oise (877).

(2) Nous avons vu qu'il existait peut-être des traces de cette dualité dès avant l'invasion des barbares. — Il en est fait mention dans les Capitulaires de Charles le Chauve (Edictum Pistense, c. 16); plus tard dans des lettres patentes de Louis IX (1250) (Mainz, I, 368). — La décrétale *Super specula*, rendue par Honorius en 1220, y fait également allusion.

dans le midi, où l'élément gallo-romain avait fini par absorber les envahisseurs, ce fut le droit romain qui conserva la prépondérance.

Mais il est curieux de remarquer que *cette distinction traditionnelle en « pays de coutumes » d'une part, et « pays de droit écrit » d'autre part, se trouve en notre matière, sur de nombreux points, formellement contredite par les divers documents, que nous a transmis la période qui s'étend du XII^e au XVI^e siècle.*

Nous allons voir, en effet, que presque toutes les premières coutumes du *nord* de la France, au lieu de consacrer l'idée germaine du *mundium* avec ses conséquences, *commencèrent par se rallier, au moins pour un temps, aux doctrines romaines du Code de Théodose*; et, bien que le *Corpus Juris* de Justinien fût déjà connu et enseigné dans les Universités, elles n'admirent même pas les extensions apportées par cet Empereur à la théorie du *pécule adventice*.

D'autre part, et à la même époque, *dans le midi, la puissance paternelle du droit Théodosien fut sur plusieurs points profondément modifiée*. Que ces modifications soient dues à la croisade contre les Albigeois, à la conquête anglaise, ou à l'influence des statuts barcelonais de Raymond Bérenger, qu'il s'agisse au contraire de vieux souvenirs gaulois ou visigoths, il est certain que les coutumes méridionales des XII^e et XIII^e siècles s'écartent fréquemment des principes trop étroits du Bréviaire d'Alaric, en matière de *pécule adventice*; à toutes ces causes, il faut joindre l'introduction et l'étude enthousiaste du droit de Justinien, dont l'influence libérale alla sans cesse grandissant jusqu'au XVI^e siècle.

C'est à cette époque seulement, que parut et triom-

pha au nord la règle célèbre « Puissance paternelle n'a lieu », laquelle ramenait les coutumes à l'application des principes oubliés du vieux *mundium germanum* ; en même temps s'établissait définitivement dans le midi la législation justinianéenne. A partir de ce moment, la scission est bien tranchée entre les pays de coutumes et les pays de droit écrit. — Mais jusque-là, c'est à peine si l'on peut l'entrevoir en notre matière, à travers une foule de variétés et de mélanges, souvent même de contradictions qui restent inexplicables.

Nous allons parcourir et étudier, à ce point de vue, très rapidement les principales coutumes pendant cette période intermédiaire.

Commençons par le Midi.

§ 1^{er}. — LE MIDI.

Si l'on en croyait certains auteurs (3), le droit romain présentait une telle perfection et une telle généralité, qu'il se serait appliqué presque uniformément dans tout le midi de la France, et aurait conservé sans interruption sa forme et son unité. — C'est là une affirmation singulièrement inexacte, surtout en notre matière. Sans doute les idées romaines avaient pénétré profondément dans les mœurs du midi, et l'absorption des nouveaux éléments germaniques eut lieu en général sans trop de résistance (4). Mais il ne faut pas en conclure au

(3) Dalloz, *Répertoire* : v^o Puis. pat.

(4) Les *Burgondes* s'assimilèrent assez vite malgré leur nombre, et, bien que la loi Gombette ait eu des destinées florissantes, il n'en est plus question, au moins en Gaule, à partir du x^e siècle. — Les *Francs* étaient peu nombreux au midi de

règne uniforme du Code de Théodose dans tout le sud de la Gaule. Si le droit romain, *Jus Scriptum*, était, en principe, le droit commun, les coutumes, (et elles étaient nombreuses au midi), prévalaient dans l'application. Celles de Bigorre, de Bordeaux et de Toulouse déclaraient même formellement que son autorité n'était que tout à fait subsidiaire; et c'est ce que reconnut solennellement un arrêt de Toulouse du 12 novembre 1246 (Giraud, *Hist. du Droit français*, I, p. 113). — Or, dans une matière aussi essentiellement personnelle que celle de la puissance paternelle, les traditions locales durent persister pendant longtemps. — D'autre part, à la suite de la brillante renaissance du droit romain dans les écoles d'Italie au xi^e siècle, le *Corpus Juris* de Justinien avait franchi les Alpes et, par les écoles de Montpellier et de Toulouse, s'était de proche en proche étendu jusqu'aux Pyrénées; le caractère plus libéral de la puissance paternelle des constitutions justinianiennes, devait encore aider au maintien des souvenirs du *mundium* qu'avait pu laisser l'invasion barbare.

La substitution progressive du Code de Justinien au Code Théodosien ne se fit que très lentement. Si la théorie fut de bonne heure enseignée avec éclat, il semble qu'elle ait mis plusieurs siècles à entrer dans la pratique même des villes d'Universités; pour les contrées en dehors de l'influence des écoles et des parlements, le mouvement de transformation dut être encore plus lent. — En consul-

la Loire, et, quant aux *Wisigoths*, refoulés de bonne heure jusqu'aux Pyrénées, ils ne conservèrent d'établissement que dans la Septimanie.

tant les premières coutumes rédigées du ^{xiii}^e au ^{xiv}^e siècle, on constate, en effet, que les principales exceptions apportées au Code de Théodose, en notre matière, sont plutôt empruntées à des idées étrangères à Justinien.

C'est ainsi qu'à *Montpellier*, où Placentin enseigna pourtant dès 1160, la coutume, rédigée en 1204, déclare dans son article 53 que « le fils ou la fille mariés sont censés émancipés par la volonté du père (5) ». Cette *émancipation par mariage* est contraire à la fois et au droit de Théodose et au droit de Justinien. Elle n'est pas non plus empruntée aux idées du nord apportées par les compagnons de Simon de Montfort, puisque la rédaction de la coutume est antérieure à la croisade. — C'est peut-être un souvenir des traditions locales gauloises ou visigothes. On sait d'ailleurs que l'influence des Visigoths d'Espagne avait persisté assez longtemps dans la Septimanie et les pays voisins (6). — Quoi qu'il en soit, c'est la meilleure preuve qu'à cette époque, le droit romain était plus enseigné dans les écoles, qu'entré définitivement dans les mœurs et la tradition (7). — La fille mariée est émancipée, et cependant, elle ne peut tester ou disposer à cause de mort, sans le conseil de son père ou de sa mère survivante (et, à leur défaut, de ses proches parents) (8). C'est

(5) *Consuetudines Montispessulaneæ*, ou petit *Thalamus*, publié en 1840 (Giraud, *Histoire du droit français*, I, p. 47 et suiv.).

(6) La Charte est signée de Pierre II, roi d'Aragon, comte de Barcelone.

(7) D'ailleurs Montpellier n'était pas une colonie romaine, mais une ville nouvelle du moyen âge, fondée seulement aux ^x^e ou ^{xi}^e siècle.

(8) Art. 54 et 55, *Cons. Montp.*

encore un usage conforme aux traditions du *mundum*, mais contraire aux idées du Bas Empire en matière de tutelle des femmes (9).

Même coutume à *Carcassonne*, sauf cette différence, que l'article 54 fait disparaître le consentement de la mère pour autoriser la fille à tester; ce qui est bien plus conforme aux idées romaines (10).

A *Toulouse*, où le droit de Justinien fut enseigné dès 1274 par Accurse et Jacques de Révigny, la coutume de 1285 reproduit sur de nombreux points le Code d'Alaric (11); les emprunts qu'elle fait à Justinien sont insignifiants. Mais elle admet encore l'émancipation tacite par mariage, au moins dans l'hypothèse fréquente où le père avait fait une donation à son fils, ou constitué une dot à sa fille (12). — Cette disposition, en contradiction avec les idées romaines, ne peut pas venir non plus des Visigoths, puisque ceux-ci avaient été complètement chassés

(9) La coutume de Montpellier contient, en outre, sur la constitution réelle et personnelle de la famille, de nombreuses dérogations au droit Romain. La règle « *paterna paternis, materna maternis* » notamment, y est formellement reconnue (art. 58), « *legibus in hac parte nullatenus observandis* ».

(10) Cela tient sans doute à ce que Carcassonne était une vieille cité gallo-romaine.

(11) Approuvée par Philippe le Bel, sauf une vingtaine d'articles réservés, la coutume de Toulouse s'écarte notamment du droit romain, en matière d'exhérédation et de capacité de la femme.

(12) Cout. de Toul.; Livre III, tit. 4, art. 1 et 2. La fille dotée n'a aucun droit dans l'hérédité paternelle, et cette disposition, en contradiction avec le droit de Rome, était usuelle dans tout le midi de la France (notamment à Arles, Montpellier, Alais, etc...)

de cette partie du pays, dès l'année 507. C'est sans doute un débris des vieilles traditions locales, à moins que ce ne soit un vestige de la conquête des Croisés au commencement du XIII^e siècle (13).

Une autre trace, et celle-ci certaine, de l'influence du Nord, c'est l'*Arrestum sane* de 1285. La coutume de Toulouse permettait aux tuteurs et curateurs, et à fortiori au père de famille, la vente des immeubles de leurs pupilles ou enfants, sans aucune garantie pour l'emploi des deniers et la reddition de leurs comptes (14). C'était consacrer la spoliation des mineurs. En 1285, les commissaires royaux, envoyés dans les provinces du midi par Philippe le Bel, prirent un *arrêté* (15), en vertu duquel ils établirent contre les tuteurs diverses garanties empruntées soit au droit romain soit à la coutume de Paris. Il n'y est dit nulle part qu'il fût applicable au père de famille; mais son exemple dut évidemment ramener par analogie la jurisprudence à une plus saine application des lois romaines prohibant l'aliénation du pécule adventice.

En entrant dans l'*Albigeois*, il semble que l'on devrait y trouver des traces, plus vivantes encore, de la conquête des Croisés du nord. — Simon de Montfort avait en effet, par acte du 1^{er} décembre 1212, imposé au pays conquis les usages de France selon la coutume de Paris de cette époque. Pendant longtemps

(13) Simon de Monfort avait pourtant juré de respecter les coutumes du pays (1215).

(14) Cout. de Toul., I, 3, 19; II, 7, art. 5 et 8.

(15) Le nom d'*Arrestum sane* est emprunté aux premiers termes d'un des paragraphes principaux de l'arrêté. — Laferrière, V, p. 269.

on a soutenu, que ces usages étaient restés le droit commun du pays après la mort du conquérant (16).

— Il est aujourd'hui reconnu qu'en 1220, la cité d'Alby est revenue, au moins en partie, à ses anciennes coutumes (17); mais il est évident, néanmoins, que l'établissement définitif, dans tout le pays, d'un grand nombre de barons français, dut y créer, en notre matière, de nombreuses divergences; l'absence de documents nous empêche aujourd'hui d'en constater l'importance.

Il est, au moins, un pays voisin, où il est certain que la coutume de Paris se maintint intacte pendant plus d'un siècle, c'est la *seigneurie de Mirepoix*, dans le comté de Foix. Il existe, en effet, des lettres patentes de Philippe le Valois, en 1332, qui déclarent y rétablir l'application pure et simple du droit romain ou droit écrit (17 bis).

A *Bordeaux*, nous trouvons quelque chose de plus précis, mais de profondément singulier. — L'art. 69 des Anciennes coutumes de la Cité (18), consacre le droit de Constantin, mais avec une plus grande rigueur. Le fils ne peut rien gagner pour lui-même en l'absence de son père; il faut que le père puisse donner son consentement, pour que le fils

(16) Galland, *Contre le Franc-Alleu*, 1629.

(17) Laferrière, V, p. 344. Giraud, I, p. 84 et suivantes, d'après Compayré.

(17 bis) *Histoire du Languedoc* de Vaissette, VII, 29. — Laferrière, V, p. 476.

(18) Ces coutumes forment une compilation qui s'étend du XIII^e siècle à la première moitié du XIV^e (1238-1344), publiée en 1679 sous le titre de « Las coustumaz de la villa de Bordeü ».

ait le droit de s'approprier n'importe quel gain; c'est l'exclusion des pécules castrense et quasi castrense. Cette exclusion paraît d'autant plus anormale, qu'il s'agit d'un pays où la domination anglaise entretint une guerre de plusieurs siècles, et où, dès lors, il semble que l'on eût dû favoriser l'esprit belliqueux des fils de familles. — Le fils est même moins bien traité que la fille; il reste sous puissance après son mariage, et ne peut exercer le retrait des biens vendus par son père, tandis que la fille mariée est émancipée de la puissance paternelle (art. 66); il est vrai que c'est pour tomber, suivant les idées anglaises, sous le pouvoir absolu et despotique de son mari (19).

Le droit de Rome n'avait jamais pénétré bien profondément chez les populations indomptées des Pyrénées, qui de tout temps conservèrent, au moins en partie, leur indépendance et leurs coutumes traditionnelles. — D'après les *Fors et coutumes des Pays Basques* (20), la famille est constituée d'une façon toute particulière. Elle forme, en ce qui concerne les biens, une sorte de communauté, dont le

(19) Mais elle peut, soit par elle-même si elle devient veuve, soit par son époux vivant, exercer le retrait des biens du père (art. 85). — Le droit romain est d'ailleurs fort peu en honneur dans la coutume de Bordeaux; pour un pays qui a été compris dans les provinces du droit écrit, il est curieux de voir qu'il n'est appliqué qu'en quatrième rang, après la coutume propre, après les coutumes analogues, et même après la raison naturelle. « Si toutes ces choses manquent, dit l'art. 228, on doit recourir au droit écrit ».

(20) La première rédaction remonte à 1268. Les coutumes furent approuvées par Louis XIII en 1611, et publiées à Pau en 1722. (Laferrière, V, p. 389.)

père ou à son défaut la mère, le grand-père ou à son défaut la grand'mère, est le chef. — Ce que les enfants acquièrent en général appartient au chef de la communauté en pleine propriété. Si les choses sont advenues aux enfants par succession ou donation, l'usufruit seul passe aux mains du chef de famille; la propriété reste aux fils ou aux filles, demeurant et nourris en famille. Jusqu'ici, c'est presque le droit romain de l'Empire, sauf l'égalité du père et de la mère dans la puissance paternelle. — Mais voici qui est spécial : les enfants qui, en se mariant, restent avec leurs parents (21), sont faits copropriétaires des biens de patrimoine, dits « avitins ou de papoadge », et de tous autres biens provenant des pactes de mariage. Ils peuvent disposer de la moitié de ces biens, comme vrais maîtres et seigneurs; et réciproquement, les pères et mères peuvent librement disposer, en bons chefs de famille, de la moitié de la dot apportée par l'époux qui est entré dans la maison. Cet état de communauté n'entraîne pas d'ailleurs une société absolue; les dettes de chacun des membres lui restent personnelles (22). — Si les enfants se marient hors de l'indivision et pour avoir ménage à part, ils prennent la moitié de la moitié qui revenait à leur père dans sa communauté de famille. Désormais, tout ce qu'ils acquièrent leur appartient en pleine propriété; de ce jour aussi, il y a communauté entre les nouveaux époux (23).

(21) A partir de 25 ans, ils ont droit de se marier sans consentement (Rubr. xxiv, p. 74). — Coutumes de Labourd (tit. xii, art. 14).

(22) Fors et coutumes, Rub. xxiv, art. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14.

(23) Rub. xxv, art. 2.

Il semble que les *Fors du Béarn* (24) auraient dû s'inspirer plus particulièrement du Code d'Alaric, puisque celui-ci avait été publié dans la ville d'Aire, une des principales villes de cette province. Ils s'en écartent au contraire profondément, et sont conçus dans un esprit général de liberté, qui a rejailli sur la constitution de la famille béarnaise. Le fils est majeur à 15 ans, la fille à 12, et la puissance paternelle cesse à la majorité (25). Jusque-là elle appartient non seulement au père, mais à la mère. — Les biens des enfants mineurs sont régis par des principes identiques à ceux de Justinien (26), si bien que l'on peut se demander si les constitutions de cet Empereur n'auraient pas été connues des rédacteurs de la coutume; et cette hypothèse n'est pas absolument inadmissible, si l'on remarque que la rédaction du *Fors général* date de 1288, et qu'à cette époque Accurse avait déjà depuis 15 ans apporté et enseigné le Corpus à l'Université de Toulouse.

Le même phénomène se produisit également à *Perpignan*, sans qu'on puisse l'expliquer autrement que par l'influence de l'enseignement de Placentin, propagateur de l'Ecole des Glossateurs à Montpellier.

(24) Fors de Béarn des ^{xii}e et ^{xiii}e siècles, publiés en 1840. — Les fors et coutumes réformés en 1551 par Henry de Navarre ont si profondément subi l'action de la Jurisprudence romaine, que Cujas a pu dire en parlant d'eux : « Il n'y a coutume en France si conforme au droit que celle de Béarn ». — Coutumier général de Richebourg, t. iv.

(25) Art. 194 et 251.

(26) Art. 179 à 181.

La date de la rédaction du texte original de la coutume de Perpignan, qui admettait le droit romain de Justinien comme droit commun de la ville, se place en effet entre 1172 et 1197 (27) ; or c'est précisément l'époque où Placentin venait de fonder l'Ecole de Montpellier. — On pourrait objecter peut-être, que c'est par l'Aragon et la Catalogne, auxquels ils furent longtemps soumis, que le Béarn et la cité de Perpignan ont pu connaître le droit de Justinien en matière de pécule. Mais il semble avéré qu'à cette époque l'Espagne ignorait encore l'existence du Corpus ; la loi gothique (28) et les Usatici de Barcelone (29) proscrivaient même formellement l'application des lois romaines.

Sauf ces deux exceptions, il semble que l'introduction du Code de Justinien à la suite de la Renaissance de l'Ecole de Bologne, n'ait pas produit sur le droit du midi de la France un effet direct, immédiatement appréciable. Le Code d'Alaric resta le droit commun, modifié d'ailleurs et souvent complètement transformé, comme nous venons de le voir, par une multitude de coutumes et de traditions locales. — L'infiltration du droit nouveau fut très lente. Ce n'est guère qu'à partir du xiv^e siècle que l'enseignement des écoles (30), fit pénétrer plus

(27) Ancienne coutume de Perpignan, publiée en 1848.

(28) *Forum Judicum* de 672, II, 1, 8. — C'est seulement au milieu du xiii^e siècle que le *Fuero real* et les *Siete Partidas*, rédigés sous Alphonse XII, se ressentent de l'action de Justinien (Mainz, I, p. 367).

(29) Rédigés en 1068 par Raymond Béranger, Giraud, II, p. 464.

(30) Université de Toulouse 1233, Avignon 1303, Cahors 1322, Perpignan 1349, Orange 1365, Aix 1409, Valence 1452, Bordeaux

avant ses résultats dans les mœurs du pays. Dès lors, la Jurisprudence des parlements se chargea de substituer graduellement le droit de Justinien aux anciennes traditions théodosiennes ou autres.

Le nouveau réveil des études romaines au xvi^e siècle vint accentuer ces tendances ; insensiblement les coutumes locales s'effacèrent, et les pays de droit écrit se rapprochèrent de plus en plus de l'uniformité sous la commune règle du *Corpus Juris Justiniani*.

§ 2. — LE NORD.

Il est curieux de remarquer qu'à l'époque même, où, sous l'influence des doctrines de Justinien, le midi de la France commençait à étendre les droits des fils de famille, la plupart des coutumes du nord s'écartaient des règles libérales du *mundium*, pour admettre les principes stricts du Code de Théodose.

Cette évolution singulière se produisit seulement à la fin du xiii^e siècle. Le livre des *Assises de Jérusalem*, rédigé après la conquête des Lieux-Saints, et qui reproduit en général l'esprit des coutumes du nord à cette époque, déclare encore que « puissance paternelle n'est pas propriété, mais protection », et la fait cesser de plein droit à la majorité (31). De même, et un peu plus tard, Accurse,

1473. Pendant les xiii^e et xiv^e siècles, l'enseignement du droit jeta un vif éclat (Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche, Guillaume du Coing, Pétrus Jacobi, Joannès Fabre). Mais il s'éclipsa au xv^e siècle, pour ne se relever que cent ans plus tard.

(31) A 25 ans. — Art. 219 des Assises.

dans son Commentaire sur les Institutes (32), reconnaît également qu'en France les fils de famille jouissent d'une absolue liberté, « ut prorsus absoluti ». Or, Accurse écrivait ceci vers l'année 1250, et, moins de cinquante ans après, l'usage était complètement transformé (32 *bis*).

Comment expliquer cet abandon presque subit des idées germaniques en faveur des idées romaines?

— Par l'influence toujours croissante du droit canonique, qui s'inspirait en général du droit romain? Mais le droit canon s'en écartait précisément en matière de puissance paternelle, et repoussait le caractère perpétuel et absolu de la *patria potestas*. — Par le réveil des études romaines à la fin du XII^e siècle? Il est vrai que la mise en lumière des collections justinianéennes donna, même dans le nord, au droit romain, dans les écoles et dans les livres, l'élan d'une véritable renaissance (32 *ter*). Mais alors, pourquoi n'a-t-on pas admis les doctrines de Justinien?

Une chose certaine, c'est que le Bréviaire d'Alaric avait continué, pendant toute l'époque féodale, à être

(32) Glos., I, tit. 9, § 2. « *Aliæ gentes filios tenent ut prorsus absolutos, ut Francigenæ* ». Il ajoute que les effets pécuniaires de la puissance paternelle sont tout à fait inconnus en France. Il n'y aurait donc pas eu d'usufruit légal.

(32 *bis*) Voir ci-dessous, p. 142 et seq.

(32 *ter*) Citons notamment comme ouvrages de droit romain justinianéen à cette époque : 1^o Le *Livre de Jostice et plet*, composé vers 1250 à Orléans, et qui traduit souvent littéralement les Pandectes ; 2^o Une très curieuse traduction en langue vulgaire des Institutes de Justinien, faite en Normandie, vers 1280, par Richard d'Annebeau (M. Caillemer, à son cours 1881-82.)

étudié, commenté et glosé (33) dans les écoles ecclésiastiques du nord de la France. Sur 60 manuscrits que nous en possédons aujourd'hui, la moitié appartient à cette région. Il avait pour lui la tradition ; le jour où les études romaines se réveillèrent, et, bien que l'apparition du Corpus de Justinien ait été la cause immédiate de ce réveil, ce fut le Code de Théodose qu'on appliqua ; la vraie puissance paternelle romaine, c'était bien plutôt celle de Théodose que celle de Justinien.

La décrétale « Super specula » de 1220 ne fut peut-être pas sans effet sur cette préférence (au moins en ce qui concerne le ressort de l'Université de Paris). Honorius III prohibait l'enseignement du droit romain, pour lequel les clercs montraient un enthousiasme exagéré. Mais ce droit romain, que l'on goûtait si fort, c'était surtout le droit nouveau de Justinien. Le droit de Théodose, connu depuis longtemps dans les écoles, provoquait moins d'enthousiasme. On dut donc revenir à lui au moins discrètement, et il est naturel qu'on lui ait emprunté certains principes, comme ceux de la patria potestas dont l'application en France n'était pas nouvelle.

(33) Savigny, II, p. 37. — Les gloses contenaient parfois des emprunts faits à Justinien. C'est ainsi que dans le texte des *Summæ legum*, un des plus importants commentaires abrégés, de l'époque, on trouve une disposition du Code de Justinien substituée au texte original du Code Grégorien (XIII, 1, de paternâ potestate). La glose dit en effet : « Si pater res filiorum aliunde adquisitas alienavit, filii a patre pro hoc pretium consequantur ». Or, le texte original dit précisément le contraire, reconnaît la libre propriété du père, maintient les aliénations, et refuse au fils la revendication même avec offre de remboursement du prix.

— Ajoutons d'ailleurs, qu'après une période de troubles et de désorganisation sociale, on trouvait peut-être opportun de renforcer chez le père le principe d'autorité, que le roi s'efforçait d'autre part de reconstituer à l'encontre des seigneurs féodaux.

Enfin, il est très important de remarquer à ce propos, que l'article 140 des *Établissements de Saint-Louis* semble consacrer sur ce point la doctrine théodosienne. Quel que soit le caractère de ce recueil, qu'il ait été sanctionné par Louis IX en 1270, ou qu'il n'ait pas reçu la promulgation législative (34), il est certain qu'il eut une très grande influence sur le droit coutumier de l'époque, soit dans le domaine de la couronne, soit même dans les provinces du centre de la France qui ne relevaient du roi qu'à titre de suzeraineté. C'est peut-être à cette influence qu'est due en grande partie la transformation de la puissance paternelle dans la majorité des coutumes.

Quoi qu'il en soit de ces diverses explications, il est hors de doute, que l'ancienne coutume de Paris admit les règles du Code de Théodose, en matière

(34) La première opinion a été soutenue par Ducange, de Laurière, le président Bouhier et M. Beugnot (Mémoire couronné par l'Institut); la seconde compte parmi ses défenseurs outre Montesquieu, Messieurs Klimrath et Pardessus (Institut. Jud., p. 26). Dans un travail, auquel l'Académie des sciences morales et politiques a décerné récemment le grand prix Gobert, M. Viollet établit, d'une façon presque indiscutable, que la prétendue sanction est apocryphe, et que les *Établissements de Saint-Louis* sont simplement l'ouvrage d'un savant jurisconsulte du temps, dont les coutumes ont reproduit la doctrine. (Voir, du même auteur, Histoire de l'ancien droit, p. 155.)

de puissance paternelle sur les biens des fils de famille.

Les *Sentences du Parloir aux Bourgeois* contiennent à cet égard un acte de notoriété du 12 juin 1393, sur l'avis demandé par le prévôt de Paris : « Il fut répondu, enregistré, témoigné et affirmé que « les enfants demeurant avec le père ou avec la « mère, s'ils font aucun acquêt, ils sont acquis au « père ou à la mère (35) ».

L'*histoire* nous montre même plusieurs applications de ce principe : — Philippe de Valois, voulant donner à son fils le duché de Normandie, dut commencer par l'émanciper (17 février 1331). Sans cette précaution, la donation n'aurait produit aucun effet; car le fils aurait acquis pour son père les provinces que celui-ci voulait lui donner (36). — De même le roi Jean, faisant à son fils Philippe (le 6 septembre 1363) donation du duché et du comté de Bourgogne, commence par l'émanciper afin qu'il soit habile à recevoir (37). — Enfin, en 1404, la reine Jeanne de Champagne, femme de Philippe le Bel, ayant désiré que son testament fût approuvé par son fils aîné, qui avait alors plus de quatorze ans, celui-ci eut besoin pour cela de l'autorisation de son père (38).

Ce droit est attesté également au xiv^e siècle, par

(35) Sent. Parl., Recueil, p. 120. — Laferrière, VI, p. 354. Il n'est pas, dans ce premier texte, question des enfants ayant domicile séparé; mais les textes suivants sont généraux.

(36) Du Tillet, *Recueil des rois de France*, p. 297.

(37) Ad quod hommagium admisimus eumdem, quem per hoc emancipamus, et extra potestatem nostram posuimus et ponimus per præsentes (Plancher, *Preuves du duché de Bourgogne*, II, p. 279).

(38) Merlin, *Répertoire* : v^o Puissance paternelle, section 1^{re}.

les décisions de Jean des Mares, et par l'auteur du Grand Coutumier de Charles VI.

La *décision 243 de Jean des Mares* porte, en effet, que, « quand un *parent* faisait une donation à aucun « étant en puissance, son père n'y avait ni propriété « ni usufruit ». Ce qui suppose bien que la puissance paternelle donnait régulièrement au père cette propriété et cet usufruit; l'exception admise en faveur des dons faits par les parents, confirmait la règle pour les autres cas. — Notons, d'ailleurs, que cette exception n'était pas conforme au Code Théodosien (39).

Le *Grand Coutumier* reproduit deux fois l'usage reçu, en ces termes : « Nota, que qui donne aux « enfants qui sont en puissance du père et de la « mère, c'est tout au père ou à la mère, si le don n'est « causé; et, si la cause du don cesse, revient ledit « don au père et à la mère par la coutume. — Par la « coutume notoire de la prévôté de Paris, laiz ou don « (qui n'est pas causé), laissé ou donné à aucun « enfant étant en la puissance du père, est propre « acquêt au père et à la mère en la garde desquels « il est; voir encore s'il y a cause et que dite cause « cesse. » (40).

Enfin la *Somme rurale de Bouteiller*, dans plusieurs passages (41), reconnaît le même caractère à la puissance paternelle.

C'était le droit commun des coutumes du nord au

(39) Jean des Mares, *Décisions*, art. 248. — Voir aussi l'art. 236, qui, à l'imitation du vieux droit romain, déclare exclus de la succession ad intestat les enfants mariés et émancipés.

(40) Grand Coutumier de Charles VI, II, c. 40.

(41) P. 442, 454 et 597.

xiv^e siècle, ainsi que le reconnaît Masuër dans sa *Practica forensis* (42). — J. Faber déclare également (43) qu'en principe « *Filia nupta remanet in potestate patris.* » — C'est le droit qui a persisté dans les coutumes du Berry, du Bourbonnais, du Poitou, de Bretagne et quelques autres (44), toutes fortement empreintes de l'influence des Etablissements de Saint-Louis.

Toutefois ce droit commun, s'écartait à trois points de vue de la pure doctrine théodosienne :

1^o La puissance appartenait à la mère survivante aussi bien qu'au père, idée absolument anti-romaine, empruntée évidemment aux souvenirs germaniques ou à l'influence chrétienne.

2^o L'émancipation pouvait être tacite : elle résultait notamment, dans certaines coutumes, du mariage de l'enfant ou de sa nomination avec le consentement de son père à certaines fonctions, parfois aussi de cette circonstance que le fils avait tenu un ménage à part « avait tenu feu et lieu de son chef » (45).

3^o On sait que, d'après Théodose, tous les biens que l'enfant recueillait à titre d'héritier dans la succession de la mère, lui étaient propres, sauf la jouissance du père survivant. Ce principe était bien applicable en général aux biens propres, *non nobles*.

(42) *Practica forensis*, c. exceptorum, p. 392.

(43) Cod. vi, p. 156; Instit. p. 163.

(44) Berry, I, 3; Bourbonnais, art. 168; Poitou, art. 316; Bretagne, art. 498.

(45) Anc. Denizart, v^o Puis. pat., nos 3-6. — Loysel, Instit. Cout., I, règle 56 : « Feu et lieu font mancipation; enfants mariés sont tenus pour hors de pain et pot. »

Mais quant aux biens *nobles* engagés dans la hiérarchie féodale, et même pour certains biens bourgeois, c'était seulement en vertu des droits de bail et de garde, que la jouissance en était attribuée, sous certaines conditions, au père ou à la mère. Nous reviendrons plus loin sur cette question de la garde noble et de la garde bourgeoise.

Tel était le droit consacré par la majorité des coutumes du nord ; mais il faut noter au passage plusieurs divergences singulières.

C'est ainsi que la *coutume de Reims* avait conservé des traces vivantes de l'ancienne mainburnie germanique ; le fils, qui avait atteint l'âge de 18 ans et le discernement nécessaire, pouvait devant le juge se mettre hors de mainburnie, « se coram iudice extra mainburniam ponere (46) ». C'était un souvenir évident de la loi salique (titre 63). — De même, à *Châlons* et à *Sédan*, l'émancipation avait lieu de plein droit à l'âge de 20 ans. — La *charte communale d'Amiens* présentait en faveur des enfants mineurs une garantie complète, qui était une heureuse transformation du mundium. Le père, administrateur des biens de son fils, devait offrir un héritage suffisant pour répondre des deniers du mineur par la valeur de la terre même (indépendamment des édifices qui pouvaient déperir) ; à défaut de ces garanties, les meubles et l'argent du mineur étaient mis en la main de la ville, jusqu'à la majorité de l'enfant.

(46) Liber practicus de Consuetudine Remensi, art. 29, 35 et 38. Le Liber practicus semble dater du commencement du xiv^e siècle.

A l'inverse, la *coutume de Hainaut*, avant la rédaction de 1410, accordait à la puissance paternelle sur les biens de l'enfant un caractère presque absolu. C'était vraisemblablement une tradition de la famille celtique (47). *Tous* les biens mobiliers advenant aux enfants, même par succession directe, appartenaient au père en pleine propriété. Quant aux immeubles roturiers qui leur étaient échus, le père en avait l'usufruit, sans aucune charge d'entretien et de réparation. — Ce fut seulement au x^v siècle qu'il fut établi que « les biens venant de par les « proïsmes aux enfants en pain appartiendraient « aux enfants » (Coutume de 1410).

Malgré ces divergences, le Code de Théodose restait, à la fin du xiv^e siècle, le droit commun en matière de puissance paternelle. — Mais, déjà à cette époque, des objections étaient faites par les praticiens de Paris contre l'exercice absolu de cette puissance ; c'est ce que l'on voit notamment dans la glose du manuscrit des « *Aliqua Curiae parlamenti* » (48). L'article 2 constate la coutume ; le père peut disposer des biens de son fils ; « et de eo potest ordinare ». Et la glose en marge ajoute : « Hoc est « contra jus, quare ista (biens donnés ou acquis par « le travail) sunt bona adventitia et filiis queruntur « quoad proprietatem ». On réclame donc, au nom du droit de Justinien, contre l'ancien droit civil de Rome.

(47) Dumées, *Jurisprudence du Hainaut*, p. 7. — Ce ne pouvait pas être un germe du plus ancien droit romain transporté chez les Nerviens par César, puisque les Nerviens étaient restés libres après la conquête (*Nervii liberi*, dit Pline, IV, 17).

(48) Laferrière, VI, p. 356.

Néanmoins l'usage en fut encore suivi à Paris pendant tout le ^{xv}^e siècle. La règle théodosienne se retrouve dans l'article 32 des *Notables Points de l'usage de France* : « Laiz ou don qui n'est point causé, laissé ou donné à autrui étant en poëste (potestas), est propre acquêt au père ou à la mère en quel garde il est) ».

C'est seulement au ^{xvi}^e siècle que disparut ce droit exorbitant du père, sur les biens donnés aux enfants ou acquis par leur travail. La logique finit par l'emporter sur les influences d'origine romaine; l'esprit du vieux droit germanique se réveilla; les principes du *mundium*, qui avaient subsisté en partie dans les rapports des personnes, se substituèrent en matière de biens à ceux de la *patria potestas* romaine; la règle « *Droit de puissance paternelle n'a lieu* » parut et s'établit définitivement dans le droit coutumier.

Cette maxime célèbre fit sa première apparition dans la Coutume de Senlis, dont la rédaction date seulement de 1539. Le procès-verbal de cette coutume porte à cet effet la très curieuse rédaction que voici : « Après la lecture des articles de coutumes « couchés au titre des donations, les assistants et « députés des trois états ont requis l'art. 221 être « ajouté au Coutumier..., ce que nous avons ordonné « être fait du consentement desdits assistants, en « l'article qui suit : le droit de puissance paternelle « n'a point lieu au baillage de Senlis ». — Les sens de cet article, dit l'Annotateur, est que les enfants ne sont pas, ainsi que dans les lieux régis par le droit romain, soumis à la puissance de leur père jusqu'à sa mort ou jusqu'à leur émancipation; qu'ainsi un père est tenu de garder tout ce que le fils possède ou

acquiert, de lui en tenir état ou de lui en rendre compte, lorsqu'il sera parvenu à l'âge de régir et administrer; que ce fils peut alors en disposer par testament... — C'est dans cette addition à la coutume de Senlis, que Dumoulin a puisé la règle : « Droit de puissance paternelle n'a lieu », insérée dans son Commentaire de la coutume de Paris (§ 25, n° 13), bien que les deux rédactions de 1510 et 1580 de cette coutume ne se fussent pas formellement expliquées sur ce point (49). — Plus tard, en 1607, Loysel l'a également posée en principe, à l'art. 37 (l. 1) de ses Institutions coutumières; et cette règle, reproduite par tous les auteurs, a été reçue depuis comme maxime dans la jurisprudence française.

§ 3. — NOTIONS SUR LA GARDE.

Nous n'avons pas encore parlé du droit de *bail* ou de *garde*. Il n'entre pas dans notre plan d'étudier en détail une institution, qui formait, à elle seule, une des branches les plus importantes de l'ancien droit coutumier. Mais la garde touche par tant de points à la matière du pécule adventice, que nous devons au moins jeter un coup d'œil d'ensemble sur cette institution, à laquelle ont d'ailleurs été empruntés en grande partie les articles 384 et suivants du Code civil. — C'est précisément au xvi^e siècle que la garde se transforme et perd son caractère féodal, pour devenir un simple attribut de la puissance paternelle. C'est au moment où triomphe la nouvelle règle : « Puissance paternelle n'a lieu », qui enlève au père certains avantages de

(49) Voir aussi Bacquet, *Des Droits de justice*, C. XXI, n° 58.

la patria potestas romaine, — que ces avantages lui sont partiellement maintenus sous une autre forme, mais avec des conditions nouvelles, avec des réserves et des distinctions en ce qui concerne l'étendue, la durée, ainsi que la qualité des personnes et des biens.

La Garde avait une origine toute féodale. On sait qu'en vertu d'un principe considéré comme fondamental au moyen-âge, tous les fiefs devaient être couverts, c'est-à-dire qu'il ne fallait aucune interruption dans le service de la tenure. C'était une condition même de l'hérédité. Or, lorsqu'un vassal laissait à sa mort des enfants, qui, à raison de leur âge, n'étaient pas capables de rendre la justice et de fournir au suzerain le service militaire, le fief n'était pas couvert. — Pour obvier à cet inconvénient, le roi prenait à l'origine l'administration du fief et la garde de l'enfant, jusqu'à ce qu'il eût atteint la majorité féodale. C'était ce qu'on appelait la *Garde royale*. — Mais ce droit de garde royale n'existait pas partout, et, d'ailleurs, là même où il avait l'habitude de l'exercer, le roi se lassa peu à peu de cette surveillance; la garde passa au seigneur suzerain immédiat du seigneur décédé; ce fut la *Garde seigneuriale*. — Enfin, les seigneurs s'en fatiguèrent aussi, et s'en déchargèrent sur la famille mâle du seigneur décédé. Telle fut l'origine de la *Garde noble* (49 bis). Le gardien avait comme compensation la jouissance des revenus du mineur.

La garde comprenait : la *garde proprement dite*, qui avait pour but de donner un protecteur au mineur, et le *bail*, qui avait pour objet d'assurer le

(49 bis) Pothier, Introduction au titre I de la coutume d'Orléans, *des Fiefs*, chap. x, n° 315.

service du fief (50). Si l'enfant avait perdu son père, la garde était confiée au plus proche parent non héritier présomptif, le bail à l'héritier présomptif (51). Lorsque l'enfant avait encore son père, celui-ci était à la fois gardien et baillistre (52).

On voit qu'à l'époque féodale, la garde et la puissance paternelle ne présentaient que peu d'affinité. Mais au ^{xv}^e et au ^{xvi}^e siècles, la féodalité politique disparut presque entièrement ; le service matériel et effectif des fiefs fut remplacé par de simples prestations à fournir au seigneur. Dès lors la garde noble en ligne collatérale tomba d'elle-même (53). Restreinte aux ascendants, attribuée même aux femmes, la garde ne fut plus considérée que comme une sorte d'attribut de la puissance paternelle ; elle s'appliqua en général indistinctement aux biens non nobles comme aux biens nobles. Ce fut dès lors, ainsi que la définit Pothier, une *véritable tutelle légitime des enfants mineurs*, déférée au survivant des père et mère, et à leur défaut aux

(50) Beaucoup de coutumes confondent les deux termes. Quelques-unes rapportent la garde aux ascendants, le bail aux collatéraux. Dans la coutume d'Orléans (Pothier, I, 318), la garde prend le nom de bail, quand la mère se remarie et la communique à son nouvel époux. Dans un sens plus général, garde et bail signifient gouvernement, administration avec autorité.

(51) Ne doit mie garder l'agnel, qui doit en avoir la pel (*Assises de Philippe de Navarre*, c. 20).

(52) On rencontre également les dénominations de Maimbour, gouverneur, régenteur.

(53) Elle fut pourtant maintenue dans quelques coutumes (Amiens, Berry), que Dumoulin combattit très vivement (*Traité des Fiefs*, § 46).

autres ascendants (54), avec la jouissance des biens venant du de cujus, comme émolument. — Jusqu'au xvi^e siècle, le droit du gardien sur les meubles avait été dans beaucoup de coutumes une véritable propriété (55); mais, à partir de cette époque, il fut restreint pour les meubles, comme il l'avait toujours été pour les immeubles, à un simple droit d'usufruit (56). — Comme obligations, le gardien était tenu de faire inventaire, d'entretenir les biens en bon état, d'acquitter les dettes mobilières grevant la succession du défunt (57), enfin et surtout de nourrir et entretenir l'enfant selon son état et sa qualité (58). — La garde noble cessait à la majorité noble de l'enfant (20 ans pour les garçons, 14 à 18 ans pour les filles).

A côté de la garde noble, on avait créé par analogie la *garde bourgeoise*. — Celle-ci était en général sans émolument; la coutume de Paris seule accordait au gardien la jouissance des biens de l'enfant, mais avec obligation de fournir caution (59). Partout ailleurs, le gardien était tenu, comme tout tuteur ou administrateur, de rendre compte exact des reve-

(54) Sauf dans quelques coutumes, où les aïeuls n'avaient pas la garde. Elle n'appartenait d'ailleurs qu'à des nobles et sur des mineurs nobles eux-mêmes.

(55) De là, la qualification de « Deprædatio honorum pupilli ». (Ancien Denizart, II, v^o *Garde*, n^o 7).

(56) « Meubles ne tombent pas en garde ». — Dans la coutume d'Orléans, l'ancien droit se maintint jusqu'en 1789 (Pothier, *Traité de la Garde noble*, III, 3).

(57) « Qui garde prend, quitte la rend » (Loysel, *Instit. cout.*, I, 4, 2).

(58) Art. 267 de la Coutume de Paris.

(59) En vertu de lettres patentes de Charles V, du 9 août 1371.

— Cout. Paris, art. 269.

nus (60). — La garde bourgeoise n'appartenait qu'au père et à la mère, et par là se rapprochait encore davantage de l'idée d'attribut de la puissance paternelle (61), en même temps que l'absence d'émolument donnait à cette puissance un caractère essentiellement protecteur et tutélaire.

On voit, par ce simple résumé, combien la garde différait de l'usufruit du pater familiis romain sur le pécule adventice. — Le droit du père à Rome, établi dans son propre intérêt, était le même avant comme après le décès de la mère; il durait en principe toute la vie du père; il s'étendait sur tous les biens, maternels ou autres; jamais la mère survivante ne pouvait y prétendre. — La garde, au contraire, ne commençait qu'au décès de l'un des conjoints; elle cessait à la majorité de l'enfant; elle ne comprenait en général que les biens recueillis dans la succession du prédécédé; elle appartenait à la mère comme au père; enfin elle ne donnait pas toujours un émolument. En un mot, elle était conçue plutôt dans l'intérêt du mineur, surtout à partir du xvi^e siècle; et ce caractère distinctif était absolument en harmonie avec la nouvelle maxime « Puissance paternelle n'a lieu », que nous aurons à étudier plus en détail dans le chapitre suivant.

(60) Nouveau Denizart, IX, v^o *Garde noble*, n^o 6. — Pothier, *Introduction au titre de la puissance paternelle*.

(61) Elle cessait à la majorité roturière (14 et 12 ans, à Paris). — Le Gardien noble, qui renonçait à son émolument, conservait la garde ordinaire et comptable.

CHAPITRE TROISIÈME

Du xvi^e siècle à la Révolution.

Le xvi^e siècle est, à tous les points de vue, une époque de transition et de rénovation singulière. En ce qui concerne la puissance paternelle sur les biens, on peut constater à ce moment deux phénomènes bien distincts : d'une part, *au midi*, sous l'influence du réveil des études romaines, la substitution du pécule adventice justinienéen aux règles plus étroites du Code de Théodose; de l'autre, et *au nord*, le rétablissement des vieux principes du *mundium* germain avec la règle nouvelle que « droit de puissance paternelle n'a lieu ». — Nous étudierons successivement ces deux traits caractéristiques du xvi^e siècle, et les conséquences de cette transformation pendant les deux siècles qui l'ont suivie.

§ 1^{er}. — LE MIDI.

I. — Nous avons vu dans le chapitre précédent que, malgré l'étude et l'enseignement du Corpus Juris de Justinien à partir du xii^e siècle, le Code de Théodose était resté le droit commun du midi, modifié d'ailleurs en sens divers par une foule de traditions locales. Seuls peut-être, et par une exception presque inexplicable, le Béarn et la ville de Perpignan sem-

blent avoir adopté de très bonne heure, en notre matière, les extensions justinianéennes. — Mais le réveil des études romaines au xvi^e siècle, avec Cujas et son école, vint donner un vif élan à l'infiltration trop lente du droit de Justinien dans les mœurs du midi. Les Parlements, dont les membres avaient étudié le Corpus Juris dans les Universités, tendirent naturellement, par leur jurisprudence, à écarter de plus en plus les règles étroites du pécule adventice théodosien; les doctrines plus larges du Corpus étaient d'ailleurs en harmonie avec les idées et les aspirations indépendantes de l'époque.

Néanmoins, ce n'est guère qu'au milieu du xvii^e siècle que son triomphe fut définitif. Jusque-là, on discute encore sur le point de savoir si telle loi, telle nouvelle est applicable dans le ressort de tel parlement. Mais à partir de cette époque, toutes les fois qu'une question, douteuse d'après le Code de Théodose, est tranchée par les lois de Justinien, les arrêts des parlements déclarent uniformément qu'*il y a un texte* précis réglant la matière, que c'est telle loi du Corpus Juris, et qu'il ne peut dès lors y avoir aucune controverse.

Le travail des parlements et des commentateurs avait, en même temps, porté sur l'interprétation de certains textes obscurs du Code et des Nouvelles, et sur la solution pratique de diverses questions non résolues, que nous avons pressenties dans la première partie de cette étude. Nous allons parcourir les principales, en remarquant que les variations de la jurisprudence sont souvent précisément la trace du mouvement de transformation, qui a abouti à l'adoption définitive des idées de Justinien. — Notons en même temps, dès à présent, que certaines influences

étrangères, parfois le souvenir des coutumes locales, enfin les nécessités de la pratique et la force de l'usage, firent admettre plusieurs règles nouvelles contraires au Code même; d'ailleurs ces modifications furent en général dictées par un esprit de faveur marquée pour les fils de famille.

Ce rapide tableau, complément nécessaire de l'étude du pécule adventice, ne contiendra d'ailleurs que des solutions ou controverses nouvelles. Nous les classerons, autant que possible, dans l'ordre adopté dans la partie romaine de cette étude, à laquelle nous nous référons pour le surplus.

A. *Composition du pécule adventice.* — La plupart des parlements avaient d'abord admis que tout ce que gagne par son travail un fils de famille, demeurant et entretenu dans la maison paternelle, est censé faire partie du pécule profectice (1). Mais, à partir de 1650, on trouve un grand nombre d'arrêts (2), comprenant dans le pécule adventice tous les produits quelconques du travail du fils, surtout s'il fait un commerce séparé. — Il en était de même des acquisitions faites en son nom et avec son propre argent. — L'usage s'établit aussi qu'il pût retrayer les biens vendus par son père, alors même qu'il n'eût rien en propre et que ce fût le père qui fournît les deniers. L'immeuble retrayé lui appartenait, bien qu'il fût acquis ex substantiâ

(1) Voir, notamment, arrêt de Dijon du 23 janvier 1617 (Président Bouhier, *Sur la coutume de Dijon*, c. 16, n° 11).

(2) Entre autres, arrêt de Toulouse 1677 (de Catellan, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, II, c. 46).

patris (3). — Nous verrons enfin plus loin que la jurisprudence comprit dans le pécule adventice extraordinaire, plusieurs biens, qui faisaient auparavant partie du pécule adventice simple. C'était une extension nouvelle en faveur du fils de famille.

B. *Usufruit*. — Afin d'assurer la conservation des biens du fils, on s'efforçait, en dépit de la loi 8 § 4, d'assimiler autant que possible le père à un usufruitier ordinaire (4). Il était tenu de faire inventaire, et pouvait y être forcé par le juge à la demande des parents du mineur. Certaines coutumes l'obligeaient à donner caution, parfois même à vendre les meubles pour employer le produit en achat de rentes et héritages (5).

La renonciation du père à son usufruit pouvait avoir lieu, non seulement par tolérance et remise annuelle, toujours révocable pour l'avenir suivant la loi 6 § 2, de bonis quæ liberis, mais encore par donation expresse et irrévocable pour l'avenir comme dans le passé (6), surtout s'il s'agissait d'une donation par contrat de mariage (7). —

(3) Arrêt de Toulouse du 18 juin 1667 (Catellan, III, 12) ; arrêt de Franche-Comté, 23 avril 1713 (Dunod, *Traité des retraits*, c. 4) ; arrêt de Bordeaux, 3 mars 1663 (Président Bouhier, c. 16, n° 15).

(4) Merlin, v° Usufruit paternel.

(5) C'étaient surtout les coutumes du Nord qui, en adoptant l'usufruit du droit écrit, l'avaient entouré de garanties nouvelles (notamment celles de Hainaut et de Valenciennes). Voir aussi un arrêt de Grenoble du 13 novembre 1628, cité par Brodeau et de la Combe (I, p. 896), qui déclare le père tenu de l'inventaire, de la reddition de compte, et du paiement du reliquat, *comme un autre tuteur ou administrateur*.

(6) Catellan, II, c. 46.

(7) Ricard, *Traité des donations*, I, n° 299 : « Les provinces de

La renonciation pouvait même avoir lieu au préjudice des créanciers du père, attendu, dit un arrêt de Toulouse de 1672 (8), que « le père, qui se départ « de l'usufruit d'un bien légué à son fils, ne fait « qu'exécuter plus pleinement la volonté du testateur ».

C. *Administration. — Aliénations.* — Le père avait encore de très larges pouvoirs d'administration. Un acte de notoriété du parquet d'Aix, du 3 septembre 1740 (9), porte que « le père, par droit de puissance, « est le tuteur naturel et légitime administrateur des « droits et biens de ses enfants; en cette qualité, il a « tout droit de les représenter, d'ester en jugement « pour eux, de les défendre, d'assister à tous actes « concernant les biens qui peuvent leur obvenir, d'en « faire le partage avec leurs cohéritiers ou légataires « universels, d'en percevoir et toucher les revenus », — En ce qui concerne le droit de toucher les capitaux, certains auteurs prétendirent le lui refuser, mais l'opinion contraire finit par prévaloir (10), et cela était logique, puisque le tuteur lui-même avait le droit d'exiger les dettes actives.

Dans les hypothèses prévues par la loi 8 § 4, *le père continuait à pouvoir aliéner* seul, sans le con-

droit écrit, dit-il, ont en cette occasion dérogé à leurs lois, pour se rendre conformes à l'esprit général de la France, qui admet l'irrévocabilité des donations par contrat de mariage ».

(8) Catellan, II, c. 45.

(9) La Touloubre, *Recueil des actes de notoriété du parquet d'Aix*.

(10) Arrêts de Toulouse, 8 janvier 1605 et 21 février 1623 (Président Favre, Code, VI, 38, déf., 15). — Arrêts de Bordeaux, 11 juillet 1645 et 4 février 1669 (Merlin, v° Puis. pat. section IV).

cours de son fils, et sans formalités ni autorisation de justice. — Mais il fallait pour cela la réunion de deux conditions : la première, que l'aliénation fût faite au nom du fils, nomine filii, conformément au texte des lois 8 § 4 et 6 § 2 (arrêt de Franche-Comté du 21 mars 1725) (11); la seconde, que l'aliénation fût nécessitée par des besoins pressants ou provoquée par une utilité évidente (arrêt de Franche-Comté du 3 mars 1725) (11). — Un arrêt de Grenoble du 17 août 1664 (12) semble, il est vrai, exiger pour le fils de famille les mêmes formalités que pour le pupille ; mais cet emprunt aux règles coutumières ne fit pas jurisprudence. — En tout cas, le fils avait le droit d'attaquer, et de faire tomber l'aliénation, en prouvant que les dettes à payer n'étaient pas pressantes. Afin d'agir avec sécurité, il était donc prudent de recourir aux formalités du décret.

Quant à l'aliénation accomplie par le fils seul, pendant longtemps il fut admis qu'elle était valable relativement à la nue propriété : le consentement du père n'était, disait-on, exigé que dans l'intérêt de celui-ci, et non pas pour l'habilitation de la personne de son fils ; dès lors la nullité était purement relative, et le fils était tenu d'« entretenir l'aliénation ». — Mais un arrêt de Toulouse du 23 février 1668 (13) finit par reconnaître, avec le texte formel de Justinien (L. 8 § 5), que la prohibi-

(11) Dunod, *Traité des prescriptions*, part. III, chap. 2 — Dans le même sens, arrêt de Rouen du 11 janvier 1661 (Brodeau, I, p. 21); arrêt de la Chambre Impériale de Spire, cité par Mynsingère (VI, 61, 5); et de nombreux arrêts dans Catellan. — Voir aussi Fabre, VI, 36, déf. 3.

(12) Brodeau, I, p. 21.

(13) Catellan, V, 28.

tion était absolue et édictée aussi bien dans l'intérêt du fils que dans l'intérêt du père. — Il résulte du même arrêt, qui fit jurisprudence, que le fils de famille pouvait au contraire vendre sans autorisation les biens qui lui avaient été donnés en contrat de mariage par son père, quoique celui-ci s'en fût réservé l'usufruit; cette contradiction apparente s'explique suffisamment, si l'on remarque que dans ce dernier cas l'usufruit n'appartenait pas au père *jure potestatis patriæ*.

La nullité des aliénations, faites indûment soit par le père, soit par le fils, pouvait être demandée d'abord par le père lui-même, agissant nomine filii tant que durait la *patria potestas* (Chambéry, 27 juillet 1668) (14), et ensuite librement par le fils après son émancipation. — Néanmoins, dans le ressort du parlement de Bordeaux (15), le fils émancipé ne pouvait pas agir tant que vivait son père vendeur, afin d'éviter contre celui-ci le recours de l'acheteur évincé. Il y avait dans cette réserve un danger sérieux pour l'ex fils de famille, puisque la prescription commençait à courir contre lui du jour même de son émancipation.

D'après les lois romaines, le fils de famille était incapable de *tester* même avec l'autorisation de son père. Les pays de droit écrit admirent deux exceptions à cette prohibition : 1° le fils pouvait tester en faveur de la cause pie, avec le consentement paternel (16). Ce consentement pouvait même être

(14) Fabre, VI, 35, déf. 1.

(15) Arrêts de Bordeaux de 1676, 1693 et 1694, cités par Merlin (v° Puis. pat.)

(16) Toulouse, 27 juillet 1679 (Catellan, I, 18).

tacite; 2° il pouvait « tester entre ses enfants », même sans autorisation (17).

En ce qui concerne la *donation à cause de mort*, malgré l'opinion de très notables commentateurs, et notamment de Furgole, on maintint la nécessité du consentement du père; mais on admit, qu'en cas d'absence ou de refus de celui-ci, l'autorisation du juge pouvait suffire (18). — La donation pouvait même avoir lieu au profit du père. Mais, dans ce cas le consentement de celui-ci était-il valable? Guy Pape (question 23), et quelques auteurs soutenaient énergiquement la négative : le consensus du père, disaient-ils, est une véritable auctoritas ad integrandum personam, analogue à celle du tuteur, et c'est un axiome que « nemo in rem suam auctor esse potest » (19). Mais on répondit avec raison que le consentement paternel avait le caractère d'une simple permission, et la jurisprudence des parlements consacra ce dernier système (20). On admit même que ce consensus pouvait être tacite (21), qu'il était valablement donné après comme avant

(17) Dans certains pays intermédiaires entre le nord et le midi, et notamment la Bourgogne, la puissance paternelle n'était pas incompatible avec la faculté de tester du fils (Arrêts de Dijon des 3 juillet 1652 et 7 juillet 1659, cités par le Président Bouhier ; contra, arrêt du 5 août 1755).

(18) Le président Bouhier justifie cette dérogation, par argument tiré de la loi 8 § 1, et aussi par analogie avec la femme mariée.

(19) En ce sens, arrêt de Grenoble du 14 août 1659, cité par Guy Pape.

(20) Arrêts de Toulouse, 15 sept. 1593, de Provence, 20 déc. 1628, de Dijon, mars 1720, cités par de Catellan et le Président Bouhier.

(21) Toulouse, mars 1664 et juin 1666 (Catellan II, 40).

l'acte qu'il habilitait, et l'on en tira cette conclusion fort discutable, que l'acceptation du père pouvait n'avoir lieu que postérieurement au décès du fils (22).

D. *Garanties.* — 1° *En cas de déconfiture et de distribution des biens* du père « *vergentis ad inopiam* », l'usage s'établit que les enfants prélèvasent la dot de leur mère pour en jouir d'ores et déjà (23), sans que les créanciers pussent prétendre en faire attribuer l'usufruit légal au père, afin d'en saisir entre ses mains les fruits. Mais cette faveur n'était admise qu'en matière de dot seulement. — Quant aux paraphernaux et aux autres biens adventices, on se contentait de les distraire de la saisie générale des biens; mais on déclarait que les fruits annuels feraient fonds pour le paiement des créanciers, sans que le père pût y renoncer à leur préjudice (24).

2° *En cas de mauvaise administration*, certains

(22) Après l'ordonnance de 1731, on soutint que l'art. 3 avait aboli toutes les donations à cause de mort. Mais Furgole répondit : « que l'ordonnance en fixe seulement les formalités « extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles des testaments et codicilles ; que dès lors elle laisse subsister les « donations à cause de mort tacites, contenues dans les testaments faits par les fils de famille avec autorisation de leurs « pères, et portant qu'ils vaudront comme donations à cause « de mort ». Or c'était là l'hypothèse la plus fréquente.

(23) Toulouse, février 1629 (Catellan, VI, c. 14). Mais la question avait été très discutée, et la négative, admise encore par le président Favre (Code, VI, 26, déf. 3), avait été consacrée par plusieurs arrêts.

(24) Toulouse, 17 juillet 1680 (Catellan, VI, c. 14). La renonciation était admise dans le cas où il n'y avait pas saisie générale des biens (voir ci-dessus, note 8).

arrêts admirent que le père pouvait être privé de la régie des biens, tout en continuant à en percevoir les fruits (25).

3° *L'imprescriptibilité* des biens des fils de famille, édictée par les lois romaines, malgré ses avantages au point de vue de la conservation du patrimoine, présentait de graves inconvénients. Aussi plusieurs auteurs s'efforcèrent de la restreindre.

Les uns prétendirent qu'elle ne s'appliquait que dans un cas, celui où le père a vendu lui-même un fonds appartenant à son fils ; c'était, disait-on, la seule hypothèse où le père, dans la crainte du recours en garantie, ne peut réellement pas agir au nom de son fils, et où le fils ne peut pas espérer obtenir le consentement de son père pour agir lui-même. Dans tous les autres cas, la prescription devrait courir ; car le fils pourrait forcer son père à intenter l'action, comme dans l'hypothèse de la loi 8, « *necessitate per officium judicis patri imponendâ filio consentire* ».

D'autres auteurs crurent devoir distinguer, suivant qu'il s'agit d'un fonds, ou bien d'une somme due au fils de famille. Dans le premier cas, la prescription ne courrait pas, afin de ne pas permettre au père de laisser prescrire ce qu'il lui est défendu d'aliéner ; dans le second, au contraire, comme le débiteur peut valablement payer entre ses mains, il pourrait également prescrire ; prescription vaut ou fait présumer paiement.

Enfin quelques-uns prétendirent n'admettre l'imprescriptibilité, que lorsque le point de départ se

(25) Chambéry, 23 juin 1693 (Favre, eod. loc.); Bordeaux (Papon, 14, 2. *Usuf.* art. 6); Toulouse (Maynard, 8, 7).

plaçait du vivant du fils. Si la prescription avait commencé à courir auparavant, elle devait continuer pendant l'usufruit du père.

La jurisprudence, longtemps hésitante, finit par décider, avec la loi 1 au Code, de annali exceptione, que la faveur accordée au fils de famille était générale et s'appliquait dans toutes les hypothèses sans distinction; qu'en effet, le respect que le fils doit avoir pour la personne de son père, et la confiance en son administration l'empêchaient en tous cas de veiller sur sa conduite et d'agir pour la conservation de ses biens (26). Elle n'admit qu'une exception; c'est l'hypothèse où la prescription aurait commencé à courir contre la mère avant son mariage, et continué durante matrimonio; dans ce cas, après la mort de la mère, la prescription courra encore contre les enfants sous puissance, ses héritiers, qui ne doivent pas être traités plus favorablement qu'elle-même (27).

4° Malgré le refus formel du Code d'accorder au fils de famille une *hypothèque tacite générale* sur les biens de son père, on trouve en 1614 un arrêt de Chambéry (28) qui admet cette hypothèque. Mais cet arrêt fut isolé. La plupart des parlements se contentèrent d'étendre autant que possible les diverses hypothèques, que les enfants tenaient déjà comme héritiers du chef de leur mère. On assimila même les bona materni generis aux bona materna

(26) Toulouse, 20 décembre 1656, 18 août 1694 (Catellan, VII, 15).

(27) Toulouse, 5 mars 1677 (Catellan, eod.).

(28) 30 juillet 1614, cité par Favre, VIII, 7, déf. 13. — Coquille, en son commentaire de la coutume du Nivernais (art. 2), paraît croire également que la loi 6 établit une hypothèque tacite.

à cause de leur analogie, et on fit dater le droit du fils non pas seulement du jour de l'acquisition de ces biens materni generis, mais du jour du décès de la mère (29). — En cas de second mariage du père, on admit que les biens de toutes sortes, échus aux enfants du premier lit même postérieurement au convol du père, passeraient avant la dot de la marâtre. — Enfin, on autorisa le fils à invoquer le caractère privilégié de la dot maternelle, non seulement lorsqu'il se présentait comme héritier de sa mère, mais encore lorsqu'il venait, à titre de substitué ou de cessionnaire d'un étranger subrogé, ou bien même à titre d'héritier testamentaire ou ab intestat de son frère pour la portion que celui-ci avait recueillie dans la succession de leur mère commune (30).

E. *Cessation*. — Le rôle de la jurisprudence, d'accord avec quelques vieilles traditions du pays, consista surtout sur ce point à élargir les règles romaines en matière d'émancipation, et à consacrer plusieurs cas d'émancipation tacite reconnus par les anciennes coutumes locales.

Bien que la plupart des parlements exigeassent, pour *l'émancipation par acte*, le ministère du juge (31), l'usage prévalut, dans le ressort de Toulouse, de valider l'émancipation faite seulement devant notaires (32). Le parlement de Franche-Comté n'exigeait

(29) Catellan, IV, 22.

(30) Arrêts de Provence, 8 février 1688, de Toulouse, 28 mars 1678 et 16 juillet 1696 (Catellan, IV, 49).

(31) Aix, mai 1655; Bordeaux, 30 mai 1657; Dijon, 13 août 1677; Chambre de l'édit de Castres, 3 décembre 1655 (Président Bouhier, c. 16, n° 39).

(32) Toulouse, 5 juillet 1696 (Catellan, IV, 52).

pas non plus la présence du juge, lorsque l'émancipation avait lieu par contrat de mariage (33). — D'après l'usage de Provence, le père pouvait, par simple acte notarié, accorder à son fils « l'habilitation », sorte d'émancipation ad hoc, qui lui donnait le pouvoir général d'administrer ses biens. — Bretonnier (sur Henrys, II, 4, 16) nous apprend que, de son temps, le père n'usait jamais de son droit de retenir la moitié de l'usufruit pour prix de l'émancipation.

L'émancipation tacite, résultant d'une habitation séparée, était admise presque partout. Quant au délai nécessaire, c'était tantôt un an et un jour (34), tantôt vingt ans, le plus souvent dix ans (35); cette émancipation avait un effet rétroactif (36).

Dans tous les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris (*Lyonnais*, Forez, Beaujolais, partie de l'Auvergne), les enfants étaient émancipés par mariage (37). — Il en était de même du duché

(33) Arrêt du 3 février 1725 (Dunod, *Traité des prescriptions*, II, 8). — Dans le même sens, Grenoble, 29 mars 1666.

(34) Coutume de Bordeaux, art. 2.

(35) Arrêts de Toulouse, 17 août 1730; de Besançon, 21 janvier 1647; de Provence, 7 janvier 1697 (Catellan, IV, 51, Dunod, II, 8).

(36) On la considérait comme le résultat d'une prescription, et le père était présumé avoir eu l'intention d'émanciper dès le commencement. — Il fallait d'ailleurs que l'habitation séparée ne fût pas une habitation forcée : la femme, obligée d'habiter avec son mari hors de la maison de son père, n'était pas pour cela émancipée (Toulouse, 19 novembre 1642; cité par Catellan, IV, 51).

(37) Argout *Institution au droit français*, II, p. 91; Arrêts de Paris des 19 juin 1593, 16 juillet 1653 et 3 septembre 1667, cités par Ferrière, III, p. 500; — Bretonnier II, p. 716). Avant le x^e siècle, le mariage en pays lyonnais n'émancipait pas.

de Bourgogne (38). — D'après les coutumes des villes de Toulouse et de Montpellier, il y avait également émancipation tacite, lorsque le père, en mariant son fils ou sa fille, lui faisait une donation propter nuptias ou lui constituait une dot (39), et que l'enfant marié habitait quelque temps hors du domicile paternel ; il est vrai que la coutume n'était pas régulièrement appliquée en ce qui concerne les filles. — Au contraire, d'après la coutume de Besançon (art. 24), les filles seules étaient émancipées par mariage. — Malgré de sérieuses controverses, on admettait en général que l'enfant de famille, devenu veuf, ne retombait pas dans les liens de la puissance paternelle, dont son mariage l'avait affranchi.

F. *Pécule adventice extraordinaire*. — La composition de ce pécule fut modifiée sur plusieurs points :

1° On y comprit en effet, d'une part, les biens donnés par un étranger à une fille de famille pour lui tenir lieu de dot (40), et, d'autre part, les biens adventices à l'usufruit desquels le père avait renoncé, cette renonciation pouvant être irrévocable contrairement à ce qui se passait à Rome (41).

2° En ce qui concerne la part que les frères prennent, conjointement avec le père, dans la succes-

(38) Nous avons déjà vu que la Bourgogne, pays intermédiaire, empruntait une partie de ses règles aux principes coutumiers.

(39) Catellan, arrêt de juillet 1688, IV, 51. Mais c'était pour les villes seules (arrêt du 26 mai 1636, cité par Ferrière, III, p. 500.) — Voir Cout. de Toulouse, tit. 3.

(40) Arrêt de Toulouse, décembre 1582.

(41) *Recueil des actes de notoriété du parquet d'Aix* par la Touloubre, p. 187.

sion de leur frère prédécédé, d'après la Novelle 118, certains arrêts (42) décidèrent, d'abord, que la privation de l'usufruit pour le père serait restreinte au cas seulement, où il s'agirait de biens du fils décédé dont le père n'avait pas l'usufruit du vivant de celui-ci. Mais une jurisprudence plus récente (43) rendit à la Novelle 118 son caractère général ; et il fut reconnu que le père ne pouvait en aucune façon demander l'usufruit de la succession de son fils prédécédé (44) ; il ne pouvait même pas y prétendre en renonçant à sa part de propriété.

3^o Quant à la clause de privation de l'usufruit, on ne la validait communément que jusqu'à concurrence de la quotité disponible (45), et l'on exigeait que l'exclusion fût formelle (46).

Il y avait en outre, au XVIII^e siècle, une certaine tendance à considérer le droit d'*administration* du père comme étant d'ordre public ; mais la jurisprudence n'osait pas encore consacrer une doctrine qui paraissait contraire au texte de la Novelle 117 (47).

La Novelle 117 disait que le fils de famille, qui a un péculé adventice extraordinaire, « *licentiam habet quo velit modo disponere* ». Quelques commenta-

(42) Toulouse, 1637 et 1641 (Catellan, II, 19.)

(43) Grenoble, 5 février 1661, Toulouse, 7 mai 1663. — Acte de notoriété d'Aix, 16 juillet 1685 (la Touloubre, p. 20.)

(44) Même arrêt de Toulouse de 1663 (Catellan, II, 19.)

(45) Toulouse, 1688 (Catellan, IV, 80). — Accurse avait soutenu le contraire en s'appuyant sur l'Authentique *Excipitur*, Code, de bon. quæ lib.; mais Cujas restitua à la Novelle 117 son véritable sens.

(46) Arrêt de Navarre, 1670 (Merlin, v^o Usufruit paternel, § 2.)

(47) Merlin, v^o *Puissance paternelle*, section v.

teurs, et notamment le président Bouhier (48), tirant argument du mot grec « διοίκειν » qui est dans la Nouvelle originale, soutinrent que les pouvoirs du fils étaient de simples pouvoirs d'administration (49). Mais la majorité des auteurs (50), et des arrêts (51), lui reconnaissaient le droit d'aliéner librement soit entre vifs, soit à cause de mort. Seul le testament restait prohibé. — Un arrêt de Dijon du 3 mars 1663 (52) déclare que le père ne pouvait pas prendre à bail le fonds, dont son fils sous puissance avait la pleine propriété.

4° Enfin on excepta de l'usufruit paternel les bénéfices ecclésiastiques (Fabre, VI, 36, déf. 14).

Tel est, en résumé, l'ensemble des modifications apportées aux règles du pécule adventice avant 1789. On voit par ce simple exposé que la jurisprudence et les auteurs s'étaient efforcés d'adoucir, sur plusieurs points, les conséquences trop rigoureuses de la patria potestas. Mais, malgré toutes ces atténuations, elle restait debout, et produisait encore, en dehors même du pécule adventice, une série d'effets qui la rendaient difficilement compatible avec les exigences de la vie moderne. Il suffit, pour s'en convaincre, d'en présenter une énumération

(48) Merlin se range à cet avis (Répertoire, v^o *Puissance paternelle*, sect. III, § 4, nos 7 et 14).

(49) Διοίκειν signifie administrer.

(50) Furgole, question 21, *Sur la matière des donations*; Ricard, *Des donations*, I, 277.

(51) Arrêt de Toulouse du 23 février 1668 (de Catellan, V, 28).

(52) Bouhier, c. 15, n^o 17. L'arrêt se fonde sur l'unité de personne et l'impossibilité d'une obligation civile entre le père et le fils sous puissance.

rapide, même en laissant de côté tout ce qui est relatif aux pouvoirs du père sur la personne de ses enfants (53) :

1° Prohibition du Sénatus-Consulte Macédonien : impossibilité pour le fils de famille, à tout âge, de contracter un emprunt sans le consentement du père. — Obligation solidaire du père à toutes dettes de son fils lorsqu'il les a autorisées. Responsabilité du père à raison de la dot de sa belle-fille.

2° Impossibilité de toute obligation civile entre le père et le fils, à raison de la prétendue unité de personne. Prohibition des donations entre vifs autres que par contrat de mariage.

3° Incapacité pour le fils de tester. — Nécessité d'avoir le consentement de son père pour faire une donation à cause de mort.

4° Extension trop grande encore du pécule profectice avec toutes ses conséquences défavorables au fils.

5° En cas d'émancipation, usufruit de la moitié du pécule adventice réservé au père ; usufruit d'une part virile dans les biens maternels échus après l'émancipation.

6° Enfin, et surtout, maintien de la puissance même après la majorité et le mariage du fils de famille (sauf les exceptions signalées plus haut), avec cette conséquence regrettable que le petit-fils était sous la puissance de l'aïeul et non du père, et pouvait être émancipé sans que le père le fût, et réciproquement.

(53) Argout, *Institution au droit français*, II, p. 91. — Merlin, *Répertoire*, v° *Puissance paternelle*. — Nous n'insistons pas sur tous ces effets qui sont en dehors des limites que nous nous sommes tracées.

Sans doute, à tous ces principes de la loi romaine, on avait apporté certains adoucissements dans l'application (54). Le temps et les mœurs, l'influence des idées coutumières propagées par les auteurs, en avaient atténué les rigueurs excessives ; mais la loi n'en restait pas moins mauvaise en elle-même, contraire à la nature et à la raison. — Nous verrons, d'ailleurs, que, lorsqu'il s'agit de la modifier dans un sens plus libéral, elle trouva peu de défenseurs ; son abolition ne souleva que des réclamations isolées (55), et elle disparut sans laisser trop de regrets derrière elle.

§ 2 — NORD.

Nous avons constaté, dans le chapitre précédent, l'apparition de la nouvelle maxime : « *Puissance paternelle n'a lieu* ».

Cette maxime ne voulait pas dire que, dans les pays de coutumes, les père et mère n'eussent aucune autorité sur leurs enfants. Prises absolument à la lettre, ces paroles seraient un non-sens : on ne conçoit pas, en effet, l'absence totale d'autorité paternelle. — On exprimait seulement par là, que la *puissance paternelle des pays de droit écrit*, cette puissance dont l'idée fondamentale était toute romaine, n'était plus observée au nord de la France. On revenait ainsi aux vieilles traditions germaniques du *mundium*, qui, malgré l'influence du droit romain, ne s'étaient

(54) Les pécules *castrense* et *quasi castrens* restaient d'ailleurs toujours en dehors, et avaient même été légèrement étendus (Merlin, section iv, § 6, nos 2 et 3).

(55) Voir ci-dessous, Période intermédiaire.

pas complètement effacées pendant les siècles précédents (56).

Il faut bien reconnaître, qu'en dépit de toute la perfection de sa législation, Rome avait méconnu les principes les plus simples de la nature en matière de puissance paternelle. — Nous avons vu, au contraire, que les peuples barbares avaient eu plus de respect de la personnalité de l'enfant. Ce principe du respect de la personnalité humaine dominait toutes les relations civiles et politiques des Germains. Chez eux, le père chef de famille n'était pas un maître, mais un protecteur. La *puissance* était une *tutelle*; le *domaine* était une mainbournie, une *garde*; en ce sens on pouvait dire que les Germains ignoraient la puissance paternelle. Le droit du père était un devoir plutôt qu'un droit. Etabli en faveur de la faiblesse de l'âge, il cessait quand l'enfant n'avait plus besoin d'appui.

Ce furent ces principes rationnels qui, après une éclipse passagère, triomphèrent de nouveau dans la plus grande partie du nord de la France. Au *xvii^e* siècle, la nouvelle maxime était devenue de jurisprudence en pays coutumier.

Il est vrai, qu'à côté des coutumes qui excluaient formellement la puissance paternelle, comme celle de Senlis, ou de celles qui n'en faisaient pas mention, comme la coutume de Paris, il s'en trouvait un certain nombre (57), employant expressément ces

(56) Voir ci-dessus, Chapitre II, section II.

(57) Notamment celles d'Orléans (art. 180 et 185), de Normandie (art. 426), de Bretagne (art. 526), et de Poitou (art. 419). — Merlin (Verbo *Puissance paternelle*, section I, § 4) en donne la complète énumération.

termes de « Puissance paternelle ». — Mais il ne faudrait pas croire qu'elles voulussent par là se rattacher au système et aux idées de la *patria potestas* romaine. Pothier le déclare formellement à propos de la coutume d'Orléans (58). « Il paraît, dit-il, par « la rubrique de ce titre, que notre coutume recon-
« naît une puissance paternelle; mais elle est très
« différente de celle du droit romain; soit pour la
« nature, soit pour les effets, soit pour la durée.
« Notre puissance, *plus semblable à celle d'un tuteur*
« *qu'à celle d'un maître*, n'est autre chose que le droit
« qu'ont les parents de *gouverner avec autorité* la
« personne et *les biens* de leurs enfants; et, comme
« *c'est plutôt en faveur des enfants qu'elle est établie*
« *qu'en faveur des parents*, elle finit lorsque les en-
« fants sont réputés en état de se gouverner par
« eux-mêmes, c'est-à-dire lors de leur majorité ou
« de leur mariage. Elle est commune au père et à la
« mère (59) ». — Notons, d'ailleurs, que quelques coutumes (60) étaient beaucoup moins libérales et conservaient sur plusieurs points les règles de la *patria potestas*.

Certains jurisconsultes regrettaient amèrement cet éloignement des idées romaines. Guy Coquille (61)

(58) Introduction au titre ix de la coutume d'Orléans.

(59) Dans son *Traité des personnes* (VI, 2), Pothier dit encore :
« On a mis autrefois en question si dans le pays coutumier français il y avait une puissance paternelle. Quelques auteurs ont avancé qu'il n'y en avait point. On ne peut néanmoins douter qu'il n'y en ait une. Mais cette puissance est entièrement différente de celle du droit romain qui était *quasi quoddam jus domini*. »

(60) Entre autres, celles de Berry, de Bourbonnais, d'Auvergne, et spécialement les coutumes diverses du pays de Hainaut.

(61) *Institution du droit français; De l'état des personnes*.

constate avec regret que la « puissance paternelle » n'est que superficielle en France ; par nos coutumes « ont été seulement retenues quelques petites marques avec peu d'effet. » — Ayrault (62) se plaint « que les pauvres pères n'aient plus de puissance sur leurs enfants, non pas l'ombre, non pas l'idée ». — Au XVIII^e siècle, Montesquieu regrettait qu'on eût rejeté la *patria potestas* romaine, qui, dit-il, « était un si grand ressort pour le maintien des mœurs ». — Enfin le président Bouhier, dans son ardeur pour tout ce qui venait de Rome, s'efforçait de revendiquer, comme soumises à la *patria potestas*, certaines provinces où plusieurs traits de cette institution avaient été effectivement maintenus (63). Il osa même soutenir que Dumoulin, Loysel et les autres commentateurs à leur suite, s'étaient trompés en avançant que la puissance paternelle n'avait pas lieu dans la coutume de Paris. — Vains efforts et vains regrets. La doctrine coutumière était trop bien fondée en raison et en équité pour ne pas résister à toutes les attaques, et c'est elle qui a passé en grande partie dans notre Code civil.

Mais il faut bien avouer qu'à part quelques idées générales communes, les coutumes présentent, dans leur variété infinie, une absence entière de système en notre matière ; trop souvent elles sont incomplètes ou même muettes. Celles qui se sont le

(62) En 1589 (Laferrière, VI, p. 359).

(63) Notamment l'Auvergne et la Bourgogne. La position géographique et les circonstances de la conquête expliquent les incertitudes de la jurisprudence dans ces deux pays. (Voir article 49 de la coutume d'Auvergne, et divers arrêts du Parlement de Dijon que nous avons cités dans le paragraphe précédent.)

plus expliquées semblent moins s'occuper d'un principe à établir que d'un fait reçu (63 *bis*), d'un droit préétabli, dont il ne s'agit plus que de régler l'exercice. De là, dans la pratique, des appréciations d'équité plutôt que des décisions de droit; une jurisprudence qui varie au gré des faits, de la position et de l'intention des personnes, plutôt qu'une doctrine constante qui les domine; en un mot, au lieu de l'inflexible logique des Romains, une pratique pleine de tâtonnements (64). — On se rend aisément compte de cette indétermination d'idée et de droit. Au lieu d'organiser comme à Rome la famille et son gouvernement d'une manière systématique, on préférerait, conformément aux idées de liberté germanique, laisser les familles se constituer et se gouverner d'elles-mêmes suivant le droit naturel. Dès lors, la loi ne devait plus intervenir entre le père et les enfants que comme règle d'équité, d'une manière presque officieuse et dans des cas assez rares.

Aussi trouvons-nous fort peu de renseignements en ce qui concerne spécialement les règles de l'administration des biens des enfants mineurs *pendant le mariage*. Les recueils d'arrêts et les ouvrages des jurisconsultes sont généralement muets sur les antécédents de l'article 389 du Code civil (65). — Quand il s'agit de biens de mineurs, les coutumes et les auteurs s'occupent toujours des biens maternels ou

(63 *bis*) Rien de plus naturel d'ailleurs, puisque la *coutume* rédigée n'est que la constatation de l'usage reçu, comme son nom même l'indique.

(64) Dalloz, v° *Puissance paternelle*, Introduction.

(65) Il était d'ailleurs plus rare qu'aujourd'hui de voir des enfants ayant encore leur père et leur mère posséder des biens en propre.

paternels, échus au mineur *après* la dissolution du mariage de ses père et mère. Ce sont ces biens qui sont soumis à la garde du conjoint survivant. C'est à ce moment que le mineur est pourvu en général d'un tuteur qui peut d'ailleurs être le gardien. — Auparavant le père, en vertu de son autorité paternelle, est administrateur des biens de son fils; mais les textes ne semblent pas même prévoir cette hypothèse; ou bien ils paraissent englober les solutions y relatives dans des solutions plus générales qui devraient être inapplicables. Le plus souvent, ils parlent des « *biens maternels et adventifs* » sans distinction.

L'expression de *légitime ou loyale administration* n'est même pas bien définie. Parfois on l'entend dans le sens d'administration pure et simple, telle que nous la comprenons aujourd'hui (66); souvent elle est synonyme d'usufruit d'après les lois romaines; enfin, dans certaines coutumes, on la confond avec la tutelle ou même avec la garde (67). — C'est d'ailleurs à ces sources diverses, usufruit romain, tutelle, garde, que les coutumes ont emprunté leurs règles fixant les droits du père sur les biens de ses enfants. Elles les ont fréquemment confondues et mélangées; de là, un manque de précision et des incertitudes regrettables; de là, aussi une grande variation de coutume à coutume.

Nous allons, néanmoins, essayer de grouper rapidement, sous plusieurs chefs, les principaux carac-

(66) Coutumes de Berry (Tit. I, art. 22), de Poitou (art. 310).

(67) Coutumes de Nivernais (Chap. 30, art. 6), de Bourbonnais (art. 175). — Merlin : Répertoire, verbo *Légitime administration*.

tères et effets de la puissance paternelle sur les biens, telle qu'elle existait dans les pays du nord et de la France avant 1789 ; l'énumération de ces divers *chefs* est en même temps celle des traits distinctifs qui séparent sur ce point le droit coutumier du droit romain.

1° *Cessation à la majorité ou lors du mariage de l'enfant.*

2° *Reconnaissance des droits de la mère.*

3° *Pas d'usufruit en principe.*

4° *Tutelle au décès de la mère comme au décès du père. — Auparavant, administration légale.*

5° *Pas d'incapacités spéciales attachées à la qualité de fils ou de fille de famille.*

Nous verrons ainsi, successivement, pendant combien de temps et au profit de qui existait l'autorité paternelle, en quoi elle consistait, et quelles étaient ses conséquences sur la capacité de l'enfant coutumier.

1° *Cessation de la puissance paternelle à la majorité ou lors du mariage de l'enfant.*

Le premier et le plus important des caractères de la puissance paternelle dans les pays de coutumes, c'était de ne durer que *jusqu'à la majorité de l'enfant*.

— De droit commun, cette majorité, dite pleine ou civile, était fixée à 25 ans ; quelques coutumes affranchissaient même l'enfant dès l'âge de 20 ans (68).

Pourtant les coutumes du Hainaut, dont nous avons déjà constaté la singularité (68 bis), mainte-

(68) Châlons, Sedan et Metz.

(68 bis) Voir ci-dessus, Ch. II, sect. 2. — Merlin, verbo *Puissance paternelle*, passim.

naient le système romain (69); mais elles admettaient le fils de famille à demander judiciairement son émancipation, lorsqu'il avait atteint la majorité civile. En outre, tout état honorable, emploi public, charge de cléricature, emportait émancipation tacite. Il en était de même de l'habitation séparée pendant 10 années consécutives. — Les coutumes de Bretagne et de Saintonge (70) semblent exiger aussi qu'à l'âge de 25 ans fût jointe la promotion du fils à un état honorable, ou son habitation séparée de celle du père. — Dans le Poitou, les enfants mâles nobles, par exception, n'étaient pas émancipés par l'âge (71). — Notons ici la différence entre la majorité pleine ou civile, et les majorités féodale et roturière, lesquelles mettaient fin beaucoup plus tôt à la garde noble et à la garde bourgeoise.

Le *mariage*, même avant la majorité, emportait une sorte d'émancipation tacite. — Pourtant quelques auteurs et plusieurs coutumes exigeaient en outre une habitation séparée (72). — Le plus souvent d'ailleurs, le mariage en minorité n'avait pour conséquence que d'octroyer à l'enfant l'administration et la jouissance de ses biens (73).

Quant à l'émancipation expresse, elle se faisait ordinairement par lettres du prince entérinées devant

(69) Chartes générales du Hainaut (art. 110); Coutumes de Mons (c. 10), de Chimay (ch. 6, art. 1), Valenciennes (art. 26), Douai (ch. 11), Lille (tit. 13).

(70) Bretagne (art. 528), Saintonges (art. 2).

(71) Ni par le mariage.

(72) Sic Coutumes du Bourbonnais (art. 166), de Blois, (art. 1), et commentaires de Dumoulin sur ces deux coutumes.

(73) Sic Cout. de Paris, art. 239; d'Orléans, art. 189; de Bretagne, art. 527. — Contra, cout. de Blois, art. 2.

le juge du lieu (74). Mais l'émancipé était jusqu'à 25 ans pourvu d'un curateur, lequel était ordinairement le père; il n'avait qu'une capacité restreinte (comme l'émancipé par mariage), analogue à celle réglée par les principes de la *venia ætatis* romaine et par l'article 484 de notre Code civil. Le père émancipateur, à la différence de Rome, ne gagnait rien « *pro præmio emancipationis* » (Ferrière III, p. 500).

2^o *Reconnaissance des droits de la mère.*

A la différence de Rome, les coutumes faisaient participer la mère aux droits de la puissance paternelle. — Sans doute, du vivant du père, c'est celui-ci qui l'exerce. Mais, en cas de décès, d'absence, ou même de démence du père, elle succède en presque tous ses droits. Comme lui, elle a la garde avec son émolument, et elle est qualifiée de « *tutrice et légitime administratresse des corps et biens de ses enfants mineurs* » (75). En un mot on peut dire, avec Pothier, que la puissance paternelle des pays du nord est commune au père et à la mère (76).

(74) Denizart : v^o *Emancipation*, 4, 15 et suivants. — Dans quelques coutumes, une simple déclaration en justice, ou même un acte notarié, suffisait pour émanciper.

(75) Cout. du Bourbonnais, art. 175; Cout. du Nivernais, chap. 6, art. 2; Cout. d'Auvergne, tit. 11, art. 4. — De Laurière (*Notes sur Loysel*, I, 4) fait pourtant remarquer que, si les mères, comme les pères, ont le bail ou la garde des biens des enfants, la qualité de légitime administrateur appartient au père seul, en conséquence de sa puissance paternelle.

(76) *Introduction à la Cout. d'Orléans*, tit. ix. — Les coutumes du Hainaut admettent même que, si la femme se remarie, elle transmet la puissance à son nouvel époux (*Coutumes générales*, chap. 52, art. 5 et 8).

3° *Pas d'usufruit en principe.*

Ferrière, sur l'article 239 de la coutume de Paris, déclare que : « Dans les Coutumes muettes, le père ne « gagne point les fruits des héritages donnés à son « fils, ou qui lui appartiennent de quelque manière « que ce soit, si ce n'est en vertu de la garde ».

Coquille, dans ses *Institutions*, reconnaît également que « les Français ont retranché du nombre « des attributs de la puissance paternelle l'usufruit « du pécule adventice des enfants ». — C'est ce que constataient déjà Dumoulin, sur l'art. 3 de l'ancienne coutume de Paris, et Ricard, sur l'article 22 de la coutume de Senlis ; et ce principe général est encore affirmé plus tard par des auteurs considérables, comme Bourjon, dans son *Droit commun de la France* (77), et Argout, dans ses *Institutions au droit français* (II, p. 91).

Enfin Denizart (78), d'une façon assez inexacte d'ailleurs, déclare que, « Comme dans nos mœurs, « la puissance paternelle n'a pas autant de faveur « qu'elle en avait chez les Romains, nos jurisconsultes ont assimilé le pécule adventice aux pécules « castrans et quasi castrans, et lui ont donné le même effet ». — Cette doctrine est confirmée par divers arrêts, notamment du Parlement de Paris (1528),

(77) I, tit. v, chap. 1, sect. 1. — « Cet effet immodéré de la puissance paternelle (l'usufruit), dit Bourjon, n'avait été dicté « aux Romains que par un *esprit républicain* et non par la *religion* et la *raison* que nous suivons en cela, et qui sont de « plus sûrs guides que ceux qu'ils prenaient. Les illusions « d'un esprit de domination avaient seules enfanté l'usage contraire ».

(78) Verbo *Puissance paternelle*, n° 18.

du Parlement de Flandre (31 mars 1728), et de la Cour des Aides (6 mars 1761) (79).

Il importait de bien établir le principe, attendu que dans l'application on y fit de très nombreuses brèches, et que très souvent les meilleurs auteurs (80) ont paru donner aux exceptions qui y furent faites une extension telle, qu'elles semblent absorber et contredire la règle générale :

(a) D'abord un certain nombre de coutumes (81), admirent l'usufruit du droit romain, mais avec diverses modifications (notamment en ce qui concerne la nécessité de l'inventaire, et la cessation de cet usufruit, en cas de décès du fils ou de second mariage du père.)

(b) En outre, la plupart des coutumes (82) accordèrent au père ou à la mère survivant, le droit de *garde noble*, qui emportait avec lui, comme nous l'avons vu plus haut, l'usufruit de certains biens jusqu'à un certain âge et sous certaines conditions. — Cet usufruit portait *seulement*, en principe, sur les biens recueillis par l'enfant dans la succession du parent prédécédé. Mais, comme, en fait, ces biens

(79) Merlin : v^o *Usufruit paternel*. — Ce dernier arrêt est relatif au pays du Lyonnais (Condrieu).

(80) Et notamment Pothier.

(81) Reims (art. 8), Vermandois (art. 56), Montargis (chap. 7, art. 2), Châlons (art. 8), Sedan (art. 7), Berry (tit. II, art. 2), Poitou (art. 316), Saintonges (art. 2). — La coutume de Bretagne (art. 529) va même plus loin; et, suivant le Code théodosien qu'elle avait conservé presque intact sur ce point, elle déclare que « tout ce que les enfants non émancipés acquièrent « par marchandise ou autre voie est au père, au cas qu'il le « veuille avoir et le déclare ainsi de son vivant. »

(82) Entre autres, Paris (art. 267), Orléans (art. 26 et 27). La coutume de Paris donnait aussi l'usufruit au gardien bourgeois.

constituent le plus souvent le principal patrimoine de l'enfant, ce qui formait l'exception tendit à devenir la règle; dès lors, au lieu de n'appliquer le droit de garde qu'aux biens *maternels adventifs*, on l'étendit parfois même aux autres biens *adventifs non maternels*, échus soit après, soit même avant le décès de la mère. Certaines coutumes et quelques auteurs déclarèrent même, d'une façon générale, que le père est *gardien de tous les biens maternels et adventifs* de ses enfants mineurs (83). D'autres paraissent distinguer, suivant que les biens sont déjà échus à l'ouverture de la garde (84), ou qu'ils sont dévolus au mineur pendant son cours (85), suivant qu'ils adviennent par succession directe ou autrement (86). Enfin la plupart des commentateurs, et les plus autorisés, trouvant la garde odieuse, voulaient avec raison la restreindre le plus possible (87). C'est cette dernière opinion qui paraît avoir prévalu dans l'usage (88).

(c) Ailleurs, enfin, les deux institutions coexis-

(83) Coutumes du Bourbonnais (art. 175), d'Auvergne (tit. II, art. 2).

(84) Duplessis, cité par Ferrière, sur l'art. 265, (III, p. 987).

(85) Dumoulin, sur l'art. 32 de l'ancienne coutume de Paris; Bacquet, *Traité des fiefs*. — Coutume de Paris, art. 267. Coutume de Péronne, art. 223. — Arrêt de Paris, mars 1638.

(86) Voir Ferrière, sur l'article 265 de la cout. de Paris, dont le texte était assez amphibologique.

(87) Pothier, *Garde noble*, n° 330; Nouveau Denizart, IX, v° *Garde noble*, § 8, n° 1; Ferrière, loc. cit.; Arrêt de Paris de 1764, cité par Pothier dans son *Introduction au titre des fiefs*. — On sait d'ailleurs que la garde noble cessait à la majorité féodale, et qu'à partir de ce jour jusqu'à la majorité civile, le père était comptable des revenus. — Quant à la garde bourgeoise, elle ne comportait aucun émolument (sauf à Paris).

(88) Renusson, *Garde noble*, chap. IX.

taient simultanément. C'est ainsi qu'en Bourgogne, un arrêt du 20 août 1678 constate que le père noble a intérêt de préférer la légitime administration (dans le sens d'usufruit), à la baillistrerie; car celle-ci l'oblige à acquitter les dettes de ses enfants, tandis que la première ne lui impose pas une pareille obligation (89). — La jurisprudence du Hainaut forme, à cet égard, un curieux composé de droit coutumier, de droit féodal et de droit romain : les biens des enfants y sont distingués en trois classes : 1^o Les francs-alleux, exempts de toute espèce d'usufruit à n'importe quel titre; 2^o les fiefs assujettis au droit de garde; 3^o les meubles et mains fermes, soumis à l'usufruit (90).

A part ces importantes exceptions, le père coutumier était, à toute époque, comptable des revenus de ses enfants mineurs (91). — Mais à quel titre les *administrait-il* soit après, soit avant le décès de la mère ?

4^o A — Tutelle au décès de la mère.

Tandis que, d'après la loi romaine, il ne peut pas y avoir lieu à tutelle tant que le père vit, même après le décès de la mère, les coutumes du nord admirent en général que le décès de la mère devait modifier le

(89) Merlin : Répertoire, v^o *Légitime administration*.

(90) *Coutumes générales du Hainaut*, chap. 57, art. 8; chap. 32, art. 5. — Merlin, Répertoire : v^o *Usufruit paternel*.

(91) Mais il ne faut pas oublier que le père ou la mère survivant avait, sur les biens du prédécédé, certains droits d'usufruit en vertu des règles du don mutuel, du douaire, de l'augment ou du contre-augment de dot, enfin de l'entravestissement du sang (Coutumes du Hainaut).

caractère de la puissance paternelle dans le sens d'une garantie plus sérieuse pour la conservation des biens.

Nous avons vu que, dans les pays où il y avait lieu à ouverture de la garde, le père gardien était tenu de certaines obligations strictement définies par la coutume ; ces obligations étaient garanties par une hypothèque légale ; mais, bien que les auteurs qualifiasent déjà la garde paternelle de « véritable tutelle légitime », pour tout ce qui excédait la garde il y avait lieu de nommer un *tuteur* (Coutume de Paris, art. 270). — Dans beaucoup de coutumes, le père gardien était en même temps de plein droit tuteur légitime (92) ; mais, comme en principe toute tutelle, au nord, est dative, il était d'usage de le faire élire par les parents du mineur et confirmer par le juge. — A Paris, le gardien n'était pas de plein droit tuteur, mais il n'y avait pas incompatibilité entre les deux fonctions (art. 271).

Tout ce qui ne tombait point en garde, et notamment l'exercice des actions relatives à la propriété des biens (93), devait être régi par le tuteur.

Après la fin de la garde, et jusqu'à la majorité civile du mineur, le père restait ordinairement son tuteur naturel et légal. C'était une charge qu'il ne

(92) « Le père est tuteur naturel et légitime au décès de la mère », Ferrière, sur l'article 265. — Coutume d'Orléans, tit. I, art. 23 et 25. — Giraud, *Précis du droit coutumier*, I, 5. — Pothier, *Traité de la Garde noble*.

(93) Ferrière, sur l'art. 270 de la Cout. de Paris, III, p. 1064. — En cas d'insolvabilité du père gardien, on créait un tuteur onéraire chargé d'administrer les biens, et de remettre annuellement au père le surplus des fruits après le prélèvement des dépenses de la garde.

pouvait pas en principe refuser, et il était également admis, qu'à moins d'incapacité notoire ou de mauvaise conduite, on ne pouvait pas ne pas le confirmer dans une fonction qu'il tenait de la nature même (94).

La tutelle paternelle était soumise en général aux règles et aux garanties de la tutelle ordinaire (95).

Voilà pour la période postérieure au décès de la mère.

B — *Légitime administration du vivant des père et mère.*

Quant à la période antérieure au décès de la mère, les coutumes et les auteurs sont généralement muets sur les règles de l'administration du père. Voici les seuls documents que nous ayons pu réunir sur ce point d'une grande importance, puisqu'il s'agit des antécédents directs de l'art. 389 du Code civil (voir aussi ci-dessus, p.170).

Dans son *Commentaire* très étendu sur la coutume de Paris, Ferrière se contente de dire sous l'article 239 : « Si le fils, étant mineur et non émancipé, a des biens d'ailleurs que de ses père et mère encore vivants, le père en est *légitime administrateur*, et, à l'effet de le faire jouir de ses biens, le

(94) Merlin, Répertoire, v^o *Tutelle*, II, 4. — Arrêts de Paris des 22 août 1731 et 17 juin 1761.

(95) Si l'on en croyait quelques auteurs (Notamment : Coquille, *Cout. du Nivernais*, art. 2 ; Dumoulin, *Cout. du Bourbonnais*, art. 179), il n'y aurait eu tutelle du père, après le décès de la mère, que si l'enfant était émancipé. Jusque-là, le père eût été simplement légitime administrateur, en vertu de son droit de puissance paternelle. — Mais cette divergence s'explique par les souvenirs de la *patria potestas* romaine, que certaines coutumes du centre avaient maintenus sur ce point.

« père peut émanciper son fils à l'âge qu'il le trouve
« capable pour administrer (comme de 18 à 20 ans),
« mais il n'y peut être contraint (96) ».

Dans son *Traité de la Garde noble* (chap. II, n° 10, et chap. IX), Renusson déclare que, si un aïeul décède léguant quelque chose à son petit-fils du vivant des père et mère, « le père n'aura que la *simple administration* des biens échus », et il sera tenu d'en rendre compte, « lorsque l'enfant sera venu à sa majorité » (97).

La distinction, établie dans notre Code par les articles 389 et 390 entre l'administration du père et la tutelle, est nettement indiquée dans le *Dictionnaire de droit et de pratique* de Ferrière, au mot « Enfants ». « Enfants mineurs qui ont père et mère, « dit-il, n'ont besoin ni de tuteur, ni de curateur. « Il est vrai que leur âge ne leur permet pas de se « conduire eux-mêmes et d'avoir l'administration « de leurs biens ; tant qu'ils ont père et mère, on « leur laisse (aux père et mère) *ordinairement* la conduite de leurs enfants et l'*administration de leurs biens* (98).

Les coutumes de Berry (Titre II, art. 22), de Poi-

(96) Si le père lui-même fait à son fils quelque donation, celui-ci est réputé usant de ses droits pour les biens donnés, et il les administre (Ferrière, III, p. 497, n° 18).

(97) Item, Auzanet, sur l'art. 265 de la Coutume de Paris ; Lemaistre (Cout. de Paris) p. 331.

(98) Au mot : *Puissance paternelle*, Ferrière dit encore : Les pères n'ont guère plus de pouvoir sur leurs enfants que les tuteurs sur leurs pupilles ; car ils n'ont que le soin de l'éducation et l'*administration de leurs biens*. Voir aussi Pothier : *Introduction au titre IX de la Coutume d'Orléans*. — Laurière : *Institut. coutum. de Loysel*, I, 4.

tu (art. 308) disent également que le père a *la loyale, la légitime administration*, dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui. La coutume de Bassigny (art. 72) le déclare *administrateur légal* (99).

Mais quelles étaient les règles de cette administration? Se rapprochaient-elles de la tutelle? Ferrière (verbo : *Administrateur*) nous dit que « le père, appelé « légitime administrateur de ses enfants, peut en « cette qualité recevoir et donner des quittances « pour et au nom de son fils mineur ; mais la qualification d'administrateur n'est pas suffisante pour qu'il « puisse aliéner ou engager ses immeubles. »

Il est donc avéré que le père comme tout administrateur en général, n'avait pas le pouvoir de faire des *actes de disposition*. Si pourtant l'aliénation était forcée (en cas de licitation) ou nécessaire (en cas de dettes), quelles formalités fallait-il remplir?

D'après le *Répertoire* de Guyot (1785) (verbis : Aliénation. Biens. Mineurs. Puissance paternelle), on aurait appliqué les mêmes formalités qu'en matière de tutelle. L'inaliénabilité des biens de mineurs est une protection établie dans l'intérêt de tous indistinctement. L'immeuble de tout mineur est sous la protection de la loi et de la justice. Il faudra donc, comme pour le pupille, l'avis de parents, l'ho-

(99) Coutume d'Orléans, tit. ix, art. 181. — Les Coutumes d'Auvergne (II, 2), de Nivernais (c. 30, art. 6), de Bourbonnais (art. 175) emploient également les termes d'*administration légitime*, mais dans un sens plus général embrassant l'usufruit et la tutelle. — Valin, dans son Commentaire sur l'article 14 de la Coutume de la Rochelle, dit que l'effet de la puissance paternelle est de rendre le père *tuteur né et légal administrateur légitime* de ses enfants, avec les mêmes pouvoirs que s'il était nommé tuteur en justice.

mologation de justice, enfin les publications, affiches et adjudication, conformément aux arrêts de Règlement des 9 avril 1630 et 28 février 1722 : le tout à peine de nullité. — Dans le cas où plus tard le mineur établirait que la vente n'était ni forcée, ni nécessaire, alors, nonobstant l'accomplissement des formalités, il y aura lieu à revendication ; en tout cas, il y aura toujours possibilité de rescision pour lésion. — La prudence recommandait donc aux créanciers du mineur de faire intervenir un décret. — En un mot *toutes les formalités employées en matière de tutelle étaient appliquées pour l'aliénation des immeubles des fils soumis à l'administration légale.*

Merlin (verbo : *Puissance paternelle*, iv, 11), après avoir traité de l'aliénation du pécule adventice dans les pays de droit écrit, ajoute :

« On va plus loin encore dans la plupart de nos coutumes ; on y déclare nulles, indistinctement, toutes les aliénations que font les pères des biens de leurs enfants non émancipés, sans y être autorisés par un décret de justice et sans remplir les autres formalités requises de la part des tuteurs et curateurs. C'est ce que porte notamment la coutume de Metz, chap. I^{er}, art. 5 (100). — Et tel est, dit-il dans son addition, l'esprit du Code civil qui, n'établissant à cet égard aucune différence entre les fils de famille non émancipés et les mineurs en tutelle, est nécessairement censé les assimiler les uns aux autres, au moins *quant aux aliénations.* »

Dans ses *Pandectes françaises*, publiées en 1804,

(100) Il est vrai que cette coutume est la seule. Et encore n'est-elle pas très explicite.

Delaporte (art. 384 et 389) reconnaît que : « C'était un usage général dans toutes les coutumes, que le père ne pouvait en aucun cas aliéner les biens de ses enfants, sans y être autorisé par un décret de justice, et sans remplir les autres formalités requises pour les aliénations des biens de mineurs. On déclarait indistinctement nulles toutes les aliénations faites sans ces précautions. Quelques coutumes même en avaient des dispositions précises. La Jurisprudence était constante et uniforme ». — Malheureusement tous ces auteurs, qui semblent s'être et se sont effectivement copiés, ne citent pas un arrêt établissant cette uniformité de Jurisprudence (101), et les recueils d'arrêts du XVIII^e siècle n'en rapportent pas un seul constatant cet usage général. Il y en a même deux en sens inverse, (Rouen, 11 janvier 1661 et 19 août 1676), cités par Brodeau (I, p. 21), et qui déclarent valable l'aliénation de biens de mineurs faite par le père sans discussion ni formalités. — Il n'en faut pas moins tenir l'affirmation de nos auteurs comme l'expression du droit commun, sauf à expliquer le défaut d'arrêts à l'appui, par la rareté même des hypothèses où le père avait quelque chose à administrer.

On sait en effet, d'une part, que l'enfant des pays coutumiers ne concourait pas avec son père au partage de la succession ab intestat de son frère prédécédé; d'autre part, lorsqu'une succession testamentaire était laissée à un enfant en bas âge par un

(101) Rolland de Villargues (*Répertoire*, Verbis : Puis. Pat. et Admin. lég.) déclare qu'« anciennement le père était obligé, pour pouvoir aliéner les biens de son fils mineur, d'être autorisé de la même manière qu'un tuteur ».

aïeul ou par un étranger, c'était très souvent à titre de substitution, et il y avait lieu dès lors à l'application des règles spéciales aux substitutions, dont l'usage était alors très fréquent. — Enfin si le legs ou la donation étaient faits directement, il est probable que le testateur ou le donateur réglait souvent lui-même le mode d'administration des biens. La jurisprudence, après de nombreuses hésitations sur ce point, avait fini par admettre le droit, pour le testateur, de nommer un tuteur étranger chargé d'administrer, en dehors du père, les biens transmis au fils (Paris, 20 juin 1781) (102). La *clause de non administration* du père était donc validée. Mais la question resta toujours controversée.

Denizart (Verbo : *Tutelle*, n° 3) va même plus loin ; il déclare, d'une façon générale, que l'on *devrait nommer un tuteur* au mineur sous puissance, toutes les fois qu'il reçoit un legs ; pour Jean Meslin (*Traité des minorités*, chapitre 1, in fine), c'est au moins une possibilité : « Si, dit-il, durant la minorité, il était acquis quelque droit aux enfants séparément de « leurs père et mère, on *pourra* les pourvoir de tuteur ou de curateur pour la conservation des droits « des enfants mineurs, encore bien qu'ils aient père « et mère vivants » (103). — Il y a là évidemment une inexactitude.

(102) Merlin, Verbo : *Tutelle*, II, 1, n° 5. — Contra, Paris, 16 janvier 1741 et 9 février 1764 (Merlin, Verbo : *Puiss. pat.*, section v).

(103) Bourjon (*Dr. Com. de la France*, tit. VI, chap. 2, sect. I, p. 2) dit également qu'on « nomme un tuteur au mineur ayant « père et mère lorsqu'il a des *droits acquis* ; car il faut pour « lui une administration qu'il ne peut faire ». — Mais il s'agit là probablement d'un cas de substitution.

— Le père était certainement, en principe, administrateur. Si la plupart des coutumes n'ont pas même parlé de cette administration, c'est d'abord à raison de sa rareté, et ensuite parce qu'elle allait de soi. L'ancien droit du nord avait conservé les principes du droit naturel qui sont de tous les temps : le père se trouve naturellement, et pour ainsi dire fatalement, investi du droit de protéger les biens comme la personne de ceux qui sont nés de lui. — Les textes que nous avons déjà cités, l'esprit général des coutumes, enfin l'argument à fortiori que l'on pourrait tirer de la tutelle légale du père après le décès de la mère, établissent péremptoirement que Denizart et Meslin se sont trompés.

Leur erreur s'explique peut-être par un singulier usage, mentionné par Bacquet, et qui consistait, pour le père administrateur légal, à émanciper et à faire pourvoir d'un tuteur son fils, lorsqu'il y avait lieu d'accomplir pour celui-ci certains actes excédant les limites de l'administration. Bacquet, dans son *Traité des Droits de Justice* (chap. I, n. 57, p. 206), rapporte cet usage en ces termes : « Si on a donné
« quelques deniers comptants, meubles, rentes, ou
« bien quelque héritage, à un jeune enfant qui a
« encore père et mère, non seulement lesdits de-
« niers... doivent être conservés aux dits enfants,
« mais aussi, les arrérages des rentes et fruits des
« héritages ainsi donnés, lui doivent être rendus
« lorsqu'il sera marié ou aura atteint l'âge de ma-
« jorité. En ce faisant, la loi « Cum oportet » n'est
« pas observée. — Quand un père veut *intenter quel-*
« *que procès* au nom d'un sien enfant mineur, ou
« bien qu'il veut que son fils *se porte héritier* de
« quelque sien parent, *le père est accoutumé de déclara-*

« *rer en justice qu'il émancipe son fils*, le met hors de
« sa puissance et consent qu'il jouisse de ses droits.
« *On est accoutumé de lui créer un tuteur ou curateur en*
« *justice*, qui puisse agir pour ledit enfant et pour-
« suivre les droits et actions. Toutefois cette éman-
« cipation n'est pas nécessaire, puisqu'en la coutume
« de Paris, ni aux pays coutumiers de France, les
« pères n'ont point leurs enfants en puissance comme
« avaient les citoyens romains (104) ». — Cet usage
devait encore diminuer le nombre des administra-
tions légales. Il explique en même temps le silence
des recueils d'arrêts, sur la question des formalités
à accomplir par le père en matière d'actes de dispo-
sition.

En résumé, dans les pays coutumiers :

a — Le père était administrateur des biens de ses
enfants mineurs avant le décès de la mère. — *Cette*
administration n'était pas une tutelle : il n'était donc
pas, pendant le mariage, assujetti à toutes les con-
ditions et charges que la loi imposait au tuteur, et,
notamment, il n'était pas sous la surveillance d'un
subrogé-tuteur, et sous la dépendance d'un conseil
de famille (Observations du Tribunat en 1802). Il n'é-
tait pas non plus frappé d'une hypothèque légale. Il

(104) Dans le *Recueil des actes de notoriété du Parquet de Paris*
de Denizart, p. 220, il est dit également que, lorsque le père
veut donner à son fils, il l'émancipe et lui fait nommer un tuteur
ad hoc, à l'effet d'accepter la donation ou de recueillir la suc-
cession à laquelle le père renonce. Mais il s'agit ici des
pays de droit écrit. — Ne pourrait-on pas dire, que l'émanci-
pation, dont parle Bacquet, n'est qu'une sorte de fiction afin de
permettre la nomination d'un tuteur ou curateur *ad hoc*?

avait de larges pouvoirs d'*administration*, sans que ces pouvoirs fussent bien strictement définis.

b — Au contraire, *pour les actes qualifiés d'aliénation, il était assimilé au tuteur* et devait remplir les mêmes formalités.

c — Le droit d'administration du père, bien que de droit naturel, et malgré de graves controverses, n'était pas en dernier lieu considéré comme étant d'*ordre public*. Les donateurs et testateurs pouvaient nommer au mineur un tuteur, chargé d'administrer les dons et legs. Le père lui-même pouvait renoncer à son droit et se faire remplacer par un tuteur nommé en justice. Il recourait même fréquemment à cette sorte d'émancipation de l'enfant, lorsqu'il s'agissait d'accomplir un acte excédant les limites de l'administration.

Il est probable, dès lors, qu'en cas d'incapacité ou d'inconduite notoire, *il pouvait être destitué* (105).

Tels sont, en résumé, les antécédents assez obscurs de l'article 389, dans les pays de droit coutumier.

5° Pas d'incapacités spéciales attachées à la qualité de fils de famille.

En dernier lieu, et à la différence du droit romain, la qualité de fils de famille n'entraînait pas en gé-

(105, Les Recueils d'arrêts, qui rapportent plusieurs exemples de pères indignes privés de leurs droits sur la *personne* de leurs enfants, ne citent aucune hypothèse de père, administrateur infidèle ou incapable, destitué de son administration des biens. — Voir Merlin, Verbo : *Education*, § 1; Verbo, *Puissance paternelle*, sect. III, § 1. — Nouveau Denizart, tom. VII, Verbo, *Education*. — Ferrière, *des Tutelles*, IV, 7, n° 245. — Pothier, *Contrat de Mariage*, 384.

néral des incapacités spéciales, en droit coutumier. — Dans la plupart des coutumes, et notamment dans celles de Paris et d'Orléans, la capacité du fils était la même que celle du mineur en tutelle; comme ce dernier sans doute, il ne pouvait ni contracter, ni s'obliger; mais cela tenait uniquement à sa qualité de mineur (106). — Néanmoins quelques coutumes (107) admirent, même après la majorité, cette assimilation au mineur en tutelle; dans ce cas, l'incapacité d'ester en jugement, de contracter ou de s'obliger, subsistait tant que le fils majeur non émancipé n'était pas *autorisé* par son père (alors qu'il ne s'agissait d'ailleurs ni de commerce public, ni de matières criminelles.)

Remarquons, dès à présent, que, sauf l'absence d'usufruit légal (108), tous ces caractères distinctifs de la puissance paternelle coutumière ont été, d'une façon générale, adoptés par les rédacteurs du Code civil (109).

§ 3. — QUESTIONS MIXTES (110).

Il nous reste, en terminant, à dire quelques mots des nombreuses controverses que soulevait, en notre matière, la question des *Statuts réel ou personnel*.

(106) Sic Merlin, Verbo : *Puis. pat.*, sect. III, § 5.

(107) Sic Berry (tit. I, art. 11); Bretagne (art. 492); Gorze (tit. I, art. 13); Lille (tit. IV, art. 2); Douai (chap. 7, art. 2); Orchies (chap. 6, art. 3). — Ces coutumes paraissent considérer la puissance paternelle comme une espèce de tutelle légitime, et elles lui ont appliqué sur ce point les règles de cette dernière, après comme avant la majorité de l'enfant.

(108) Voir ci-dessous, p. 200 et 209. Travaux préparatoires du Code.

(109) Id. p. 201 et 215.

(110) Merlin : Rép. v^o *Puissance paternelle*, section VII.

La puissance paternelle se rattachant essentiellement à l'état et à la condition des personnes, il est certain que la loi ou la coutume, qui l'admettait ou la rejetait, *était un statut personnel* s'étendant en principe hors du territoire.

Mais devait-on en conclure, que tous les *effets accessoires*, dépendant de cette puissance, participaient de la nature du principal et formaient comme elle des statuts personnels ?

C'était l'opinion du président Bouhier, et il citait, à l'appui de sa thèse, un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris du 7 mai 1653, d'où il semblait résulter, que le statut de la puissance paternelle s'étendait hors de son territoire, même par rapport à ses *effets pécuniaires* et purement utiles, et notamment à l'usufruit.

Boullenois (111) et Duplessis prétendaient au contraire que l'on ne doit considérer à cet égard que la loi de la situation ; que « ces effets, quoique dérivant d'une cause personnelle, sont absolument réels », et que « la réalité des biens doit servir de détermination à l'exercice de la personnalité » ; leur opinion invoquait en sa faveur deux arrêts de Paris des 5 septembre 1695 et 7 septembre 1708, ainsi qu'un acte de notoriété du Châtelet en date du 13 janvier 1701.

Entre ces deux avis contraires, se présentait une opinion intermédiaire à laquelle Merlin (112) semble se rallier ; d'après elle, l'usufruit, étant un droit réel, n'aurait été déféré que d'après la loi de la situation des biens ; mais le père n'aurait pu en jouir qu'autant

(111) *Questions mixtes*, n° 20.

(112) *Répertoire : Puis. Pat.*, section VII.

qu'il était domicilié dans une coutume admettant la puissance paternelle.

Quant aux *effets purement personnels*, incapacité d'agir, de contracter, de tester, ils devaient incontestablement être réglés par la loi du domicile. Mais était-ce la loi du domicile au jour de la naissance du fils, ou bien celle du domicile actuel du père ?

On admettait en général la première solution ; mais de nombreuses restrictions étaient apportées à ce principe (113). C'est ainsi que l'on déclarait, qu'un enfant, né dans un pays où le mariage n'émancipe pas, établi et marié ensuite dans un pays où le mariage émancipe, devait voir régler son état par la loi du domicile matrimonial.

Mêmes difficultés relativement aux droits du père sur les meubles, lesquels n'ont pas de situation réelle. On admettait que ces droits devaient être réglés, soit par la loi du domicile actuel du père, soit par celle du domicile du père au moment de leur acquisition par le fils (114).

Ainsi lieu de la naissance du fils, lieu de la situation des biens, domicile actuel du père ou du fils, domicile lors de l'acquisition, toutes ces lois diverses étaient simultanément appliquées, dans une matière qui réclamait la plus grande uniformité. De là une confusion, une source infinie de procès d'autant plus inextricables, que, d'une part, les questions de domicile ou de résidence sont singulièrement délicates, et que, de l'autre, dans l'intérieur de chaque cou-

(113) Merlin, *Répertoire* : *Effet rétroactif*, sect. III, § 2, art. 8.

(114) Mais toute translation de domicile, dans laquelle il y avait quelque présomption de fraude de la part du père, ne pouvait nuire au fils ni même à ses héritiers.

tume, les règles de la puissance paternelle, et son existence même, étaient très souvent contestées.

On ne peut dès lors qu'approuver à ce point de vue les paroles du conseiller Réal, disant dans son Exposé de motifs au Corps législatif : « Il faut
« avouer, qu'entre les lois civiles qui jusqu'à ce
« moment ont régi nos personnes et nos biens, il
« n'en est pas une seule qui ait besoin d'une plus
« prompte, d'une plus entière réforme, et qui,
« ramenée à ce que la nature ordonne, doive recevoir
« une plus *uniforme* application » (115).

(115) Fenet, tome X, p. 517.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Période intermédiaire. Discussion et Rédaction du Code civil.

On a souvent reproché aux lois de la Révolution et au Code Napoléon d'avoir relâché les liens de la puissance paternelle, au point de compromettre les intérêts les plus sacrés de l'humanité. Ce reproche, s'il est fondé, devrait remonter à nos anciennes coutumes, que les législateurs modernes ont, tout en les répudiant, presque complètement reproduites. — C'est un fait malheureusement incontestable que, depuis un siècle, l'autorité paternelle s'est profondément affaiblie; mais il est également certain qu'au paravant, dans nos pays de coutumes, la maxime « Puissance paternelle n'a lieu » formait déjà le droit commun, que l'intérêt de l'enfant était alors l'unique base de l'autorité du père, et que pourtant cette autorité était forte et respectée. Ce n'est donc pas aux lois, puisqu'elles sont restées presque les mêmes, mais bien aux mœurs, qu'il faut attribuer l'affaiblissement général de l'autorité paternelle. — Les lois nouvelles étaient, à certains égards, excellentes; mais l'esprit qui les avait en partie inspirées, et qui présida à leur première application, était tout autre; c'était un sentiment préconçu d'hostilité contre

toute idée d'autorité, et en même temps une haine aveugle des traditions les plus respectables du droit de famille.

Les Romains avaient pensé, que le pouvoir domestique doit être d'autant plus fort que la liberté civile et politique est soumise à moins de restrictions. Les philosophes de la Révolution crurent au contraire qu'il fallait, avant tout, faire triompher les droits de l'individu et les droits de l'Etat, même au détriment des droits les plus légitimes de la famille. — Ils avaient porté atteinte à une foule d'institutions, qui, dans l'ancien droit, étaient synonymes de respect et d'autorité; l'autorité du père devait naturellement en ressentir le contre-coup; dès lors, lorsqu'on édictait une loi, réalisant comme celle du 28 août 1792 une réforme à bien des points de vue désirable, le sens qu'on lui donnait, l'application outrée qu'on voulait en faire, en paralysaient les bons effets, et en pervertissaient les conséquences. — Cet affaiblissement de la puissance paternelle, suite naturelle de l'esprit du temps, a persisté dans nos mœurs avec cet esprit même, en dépit des efforts et des bonnes intentions des rédacteurs plus éclairés du Code civil.

En somme, quelle réforme y avait-il à opérer en notre matière? Il est certain que la puissance paternelle du droit écrit avait quelque chose d'excessif, de contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, et même à la liberté individuelle. Le droit coutumier avait, au contraire, depuis plusieurs siècles, proclamé le principe de l'intérêt de l'enfant, sans que pour cela le caractère sacré de l'autorité paternelle eût été affaibli dans les mœurs. Il n'y avait qu'à codifier les règles du droit coutumier et à les appli-

quer à toute la France. — Mais les législateurs intermédiaires prétendirent répudier le passé, et n'emprunter leurs nouveaux principes qu'à la nature et à la raison(1). Rien de mieux assurément: on devait évidemment se rencontrer, puisque les coutumes n'étaient elles-mêmes, sur ce point, que l'expression du droit naturel, et la consécration du plus rationnel des usages. — Mais, en dédaignant l'expérience des siècles passés, on risquait de pousser jusqu'à l'exagération la logique des meilleurs principes. En fait, le père ne devait bientôt plus être considéré que comme un simple tuteur. Cette doctrine, qui pouvait jusqu'à un certain point se justifier en ce qui concerne les biens, était insoutenable lorsqu'il s'agissait de la personne même de l'enfant et de son éducation. Joignez à cela l'intervention trop fréquente de l'Etat, qui diminuait encore la liberté du père, la funeste influence, sur l'esprit de famille, des lois nouvelles concernant les successions, les enfants naturels et le divorce; et l'on comprendra quelle profonde atteinte avait dû subir l'autorité paternelle après dix ans de Révolution.

Les rédacteurs du Code Napoléon voulurent réagir; ils pensèrent que « c'est par la petite patrie qui est la famille que l'on s'attache à la grande (2) », qu'il fallait « rétablir la magistrature des pères » (3). —

(1) Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que les exagérations de langage de l'époque, ne doivent pas toujours être prises à la lettre; et qu'elles trouvent leur explication, et parfois leur excuse, dans les circonstances critiques où se trouvait la France.

(2) Discours préliminaire sur le Projet de la commission (Fenet, I, 522).

(3) Exposé des motifs du projet de la loi du 30 ventôse an XII (Fenet, I, 103).

C'est dans ce but qu'ils ont inséré au Code les art. 371, 376, 148 à 157, 173, 346, 919, 1048, etc. — C'est sans doute dans le même esprit de réaction (4), qu'ils ont admis l'usufruit légal, se montrant ainsi moins favorables aux enfants que ne l'avaient été la plupart des coutumes. Dans l'espoir de fortifier les pouvoirs et l'autorité du père, ils n'ont pas craint de s'écarter un moment de la rigueur des principes. Il ne paraît pas, d'ailleurs, qu'ils aient atteint le résultat désiré; en privant le fils d'un bien qui lui appartient, ils n'ont pas rendu au père une autorité que seule la réforme des mœurs aurait pu reconstituer. L'usufruit légal disparaîtra sans doute un jour ou l'autre de notre Code, comme il a déjà disparu de plusieurs législations étrangères.

Au fond, il n'y a pas de différence essentielle entre la législation intermédiaire (5) et celle du Code Napoléon. L'une et l'autre partent d'un même principe, juste en soi, *l'intérêt de l'enfant*. — Seulement la première a poussé ce principe jusqu'à l'exagération, et elle a abouti en fait à la désorganisation de la famille. — La seconde a voulu rétablir l'autorité du père, tout en maintenant le principe, sauf à ne l'appliquer qu'avec modération et mesure. A-t-elle réussi? L'événement a-t-il répondu aux bonnes intentions des rédacteurs? Nous ne le croyons pas. — Mais il n'en faudrait pas conclure, en législation, qu'il faille adopter le principe contraire, de

(4) Il y avait, d'ailleurs, deux autres motifs d'admettre l'usufruit légal: 1^o le désir d'éviter les contestations entre parents et enfants; 2^o l'intention d'établir au Code une sorte de transaction entre le droit coutumier et le droit écrit.

(5) La période intermédiaire comporte, à cet égard, plus de projets de lois, que de lois véritables.

l'intérêt du père. — Notre principe est bon; la loi, bien qu'insuffisante, n'est pas mauvaise. Ce sont les mœurs qui sont défectueuses.

Ces observations générales posées, nous allons parcourir, successivement et par ordre chronologique, les divers rapports, lois ou projets de loi de la période intermédiaire, en laissant le plus souvent possible la parole aux législateurs eux-mêmes. Cette étude nous permettra en même temps de rechercher spécialement les antécédents de l'art. 389, et de voir l'intention qui a présidé à la rédaction de cet article.

1°/ La première fois qu'il fut sérieusement question des rapports du père et du fils devant la Constituante, ce fut à propos de la loi d'organisation judiciaire, des 16-24 août 1790. Sur la proposition de Thouret, et avec l'appui de Mirabeau, on organisa(6) un « tribunal de famille », qui jugeait, entre autres, les contestations entre les pères et leurs enfants. — Cette généreuse utopie ne produisit dans l'application aucun des heureux effets espérés. Le tribunal de famille fut aboli par décret du 9 ventôse an IV.

2°/ Dans la séance de l'Assemblée législative du 28 août 1792 (7), à propos des projets de décrets sur l'état civil et sur les successions, qui étaient ajour-

(6) Loi des 16-24 août 1790, tit. x, art. 15 et 16. — Voir aussi la loi du 7 messidor an II.

(7) Moniteur du 30 août, p. 1028.

nés, Cambon se plaignit vivement des effets de la Puissance paternelle dans le midi de la France : « Est-il un homme libre, dit-il, qui puisse tolérer « plus longtemps la puissance barbare d'un père, « émancipant son petit-fils, et tenant obstinément « sous sa puissance un fils qui est à la 60^e année de « son âge. Cet abus est bien plus révoltant dans des « temps où il régnait un dissentiment dans les opinions politiques ». — Sur la proposition de l'orateur, et en attendant les lois projetées, la Législative décréta que « désormais les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle » (8).

3°/ La loi des 20-25 septembre 1792, sur l'état civil des citoyens, fixa à 21 ans la majorité, que la plupart des coutumes et le droit écrit avaient repoussée jusqu'à l'âge de 25 ans (9).

4°/ Le rapport sur le premier projet de Code civil, présenté à la Convention par Cambacérès et Jacqueminot dans la séance du 9 août 1793, contient, à côté de singulières théories sur l'éducation, ces paroles caractéristiques (10) : « La loi place tous les

(8) Ce décret faisait donc cesser à la majorité l'usufruit que les lois romaines accordaient aux pères sur les biens de leurs enfants ; il produisit son effet dès l'instant de sa promulgation, soit en ce qui touche l'état personnel de l'enfant, soit en ce qui touche les droits réels du père (Cassation 26 juillet 1810 ; Sir. 1810, 1, 348).

(9) Loi du 25 sept. 1792, titre iv, section 1, art. 2 et 3, et section 3, art. 1. — A partir de 21 ans, le fils pouvait donc librement contracter mariage. Il y avait là une exagération sur laquelle le Code est revenu (art. 148, 152 et suivants).

(10) Fenet I, p. 5.

« enfants, (légitimes ou naturels) (11), également sous
« la bienfaisante *tutelle* de ceux qui leur ont donné
« l'être ». — En conséquence, le titre V qui traite
des effets de la puissance paternelle, est intitulé seu-
lement : *Des rapports entre les père et mère et leurs*
enfants. Les ci-devants droits du père sont qualifiés
de simple *protection légale* (11 bis). Les père et mère ne
sont que les *tuteurs naturels* de leurs enfants (12). —
Néanmoins, leur devoir d'administration n'est pas
soumis à toutes les règles de la tutelle ordinaire (13).
La famille a le droit de s'assembler pour nommer
un tuteur à la place du père dans certains cas dé-
terminés, et notamment en cas d'incivisme (14). —
Cette partie du premier projet de Cambacérès fut
adoptée sans modification par la Convention, dans
les séances des 28 août et 4 septembre 1793 (15).
Mais on sait que l'ensemble du projet fut repoussé
comme n'étant pas assez simple et philosophique.

5^e/ Dans le rapport présenté le 9 septembre 1794
sur le deuxième projet de Code civil, Cambacérès
insiste sur les considérations déjà précédemment
émises (16) : « Les premiers *tuteurs*, dit-il, sont les

(11) Décrets des 6 juin et 2 novembre 1793, sur l'assimilation
des enfants naturels aux enfants légitimes.

(11 bis) Titre v, art. 5 et 7. (Fenet I, p. 25).

(12) Titre viii, art. 3.

(13) Titre viii, art. 4.

(14) Titre viii, art. 5.

(15) Moniteurs des 30 août et 7 septembre 93.

(16) Fenet, I, p. 102. Cambacérès paraît complètement
oublier l'existence de la doctrine coutumière en matière de
puissance paternelle ; sous prétexte d'emprunter à la nature
seule, il renie la filiation directe qui rattache en fait son pro-
jet au plus pur droit coutumier.

« père et mère ; qu'on ne parle donc plus de *puissance paternelle*. Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, formule de tyrans, système ambitieux que la nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la *tutelle paternelle*, en changeant la protection en domination, les devoirs en droits et l'amour en empire. S'il est des peuples libres soumis à un système aussi impolitique que barbare, c'est qu'il faut de grands exemples pour détruire de grands préjugés. Que l'exemple d'une grande nation apprenne donc à ne plus confondre les clameurs de l'opinion avec la voix de la nature. » — Aussi, dans le projet de Code, les droits et devoirs du père sont-ils compris sous le titre III, intitulé « *Des mineurs et de la tutelle* » ; et il semble résulter du texte trop concis de ce titre, que les règles générales de la tutelle auraient été applicables au père, même du vivant de la mère (17). — On sait que cette partie du projet ne fut pas discutée (18).

6°/ Quant au troisième projet, présenté en messidor an IV au Conseil des Cinq Cents (19), bien que

(17) Articles 17, 23, 25 et 26 du projet (Fenet I, p. 111), — Les immeubles du mineur ne pouvaient être aliénés qu'en cas de dettes onéreuses exigibles, ou de réparations urgentes, et il fallait pour cela l'assentiment de la famille, laquelle était également chargée de décider s'il y avait lieu, à 18 ans, d'émanciper l'enfant. — Malgré toutes ces restrictions, le père conservait pourtant l'usufruit (art. 18).

(18) Dans les séances des 16 et 19 frimaire an III, la Convention ne s'occupa que des dispositions générales, et du Titre de la Paternité. On reconnut que le projet était trop concis, et l'on en suspendit l'examen.

(19) Quelques articles seulement furent discutés dans les séances des 9 pluviôse et 8 ventôse an V.

plus complet, il n'était pas plus explicite. Le titre général « *Des mineurs et de la tutelle* », les termes très compréhensifs des articles 155 et suivants, semblent encore assimiler au tuteur, le père administrateur, *surveillant légal* de ses enfants (20). — Le discours, prononcé encore par Cambacérès à cette occasion, n'est qu'une variation, d'ailleurs intéressante, sur le même sujet. Après avoir blâmé le système romain, « système atroce fondé sur cette opinion que l'homme peut appartenir à l'homme », l'orateur déclare que *l'autorité du père et de la mère est dans son essence la même que celle du tuteur*; elle n'en diffère qu'un peu dans ses accidents (21). — Ces termes semblent bien indiquer l'intention d'une quasi assimilation dans les pouvoirs et les garanties d'administration (22).

Donc, en résumé, d'après les trois premiers projets de Code, l'administration légale était presque une tutelle.

(20) Fenet, I, p. 209 et suivantes.

(21) Il eût été plus exact de dire que l'autorité du tuteur est la même que l'autorité des père et mère, puisque celle-ci est naturelle, tandis que celle-là n'est qu'une création artificielle de la loi; sauf à appliquer ensuite à l'une et à l'autre des règles de garanties communes.

(22) Cambacérès les assimile d'ailleurs formellement au point de vue de la possibilité de destitution; il dit en effet en parlant des père et mère : « S'ils dépouillent les affections de la « paternité, si l'intérêt du mineur se trouvait compromis entre « leurs mains, la loi ne peut plus considérer en eux une « lité qu'ils ont abdiquée ». — Fenet, I, p. 150. — Le 18 brumaire arriva, sans que l'on eût pu encore résoudre la question du projet de Code. On s'était contenté d'en détacher et voter les lois ayant un caractère politique (Lois sur le divorce, les successions, les enfants naturels).

7°/ Le Consulat marque, en notre matière, le point de départ d'une réaction contre les idées exagérées de la période révolutionnaire. — Quelques jours après la constitution du 22 frimaire an VIII (23), Jacqueminot vint, au nom de la Section de Législation, présenter à la Commission législative des Cinq-Cents un premier travail, dans lequel il déclarait que la réforme du Code civil, si impatiemment attendue, devait « restituer à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre, resserrer les liens que les excès de la Révolution ont tant relâchés, et garantir ainsi la paix de l'Etat par l'union des familles ». — En conséquence, l'article 48 du titre I de son projet, consacré au mariage, rétablissait la *puissance paternelle*, et renvoyait pour les détails à un titre spécial qui lui serait consacré (24). L'article 4 du projet de loi sur la minorité faisait également allusion à ce même titre « *de la Puissance paternelle* », et citait expressément l'art. 14, relatif au droit de jouissance du père administrateur (25). — On ne s'explique pas dès lors comment ce titre, qui existait réellement à l'état de première rédaction, a été omis dans la présentation de l'ensemble du projet Jacqueminot ; quoiqu'il en soit, les recueils n'en portent pas d'autre trace. Il eût été curieux de voir jusqu'où la Commission des Cinq-Cents était allée dans cet essai de reconstitution de la puissance paternelle (26).

(23) Séance du 30 frimaire an VIII, Fenet I, p. 331.

(24) Fenet I, p. 340.

(25) Fenet I, p. 351.

(26) Le projet Jacqueminot ne reçut aucune suite. Quelques

8°/ Dans le remarquable discours qui précède le projet de loi de la Commission de rédaction du Code, Portalis s'exprimait en ces termes sur les intentions des rédacteurs: « Nous avons cherché dans les indications de la nature le plan de gouvernement de la famille... L'autorité des pères est une sorte de magistrature, à laquelle il importe, surtout dans les Etats libres, de donner une certaine étendue (27). En conséquence, le titre VIII du Livre premier du projet, rétablissait la « *Puissance paternelle* ».

Dans la discussion au sein du Conseil d'Etat (28), MM. Boulay et Berlier s'efforcèrent de faire substituer à ce mot de *puissance* qu'ils trouvaient « trop fastueux », l'expression d'*autorité*; néanmoins les termes de « puissance paternelle » furent maintenus (29). — Il ne faudrait pas en conclure, d'ailleurs, qu'on voulût en aucune façon rétablir quelque chose d'analogue à la *patria potestas* des pays de droit écrit. Les déclarations sont formelles : Réal, dans son Exposé des motifs, flétrit « ce despotisme qui rappelle encore, par les principes sur lesquels il repose, « par les distinctions qu'il établit, et par quelques-uns de ses résultats, sa sauvage origine et son farouche auteur » (29 *bis*). Les tribuns Vésin et Albisson abondent dans ce sens, et les mêmes intentions résultent de toute la discussion, ainsi que du texte

jours après la présentation, la Commission législative des Cinq-Cents cessait d'exister (4 nivôse an VIII), par application de la Constitution de frimaire.

(27) Fenet, I, p. 484.

(28) Fenet, X, p. 486.

(29) Au moins dans l'intitulé; le texte des articles emploie au contraire le mot *autorité*.

(29 *bis*) Fenet, X, p. 515.

même des articles votés. — On voulait « un juste milieu entre le despotisme et la licence », et l'on faisait en définitive triompher les excellents principes du droit coutumier.

Mais les législateurs ne paraissent pas avoir voulu avouer leur véritable filiation. D'après le tribun Albisson, il n'y aurait eu aucune lumière à attendre « des débris d'un désordre de lois, nées des abus « du régime féodal et dictées par le droit du plus « fort » (30). Si l'on en croyait Réal, « les coutumes « n'auraient présenté que des vues imparfaites, marchant entre l'exagération et la faiblesse. Le législateur a dû consulter seulement la nature et la « raison ». — En réalité, le Code Napoléon n'a fait que formuler en articles de loi les principes coutumiers (sauf en ce qui concerne la reconnaissance de l'usufruit légal) (31). L'intérêt bien entendu de l'enfant est la base même de cette puissance (32). — D'où nous pouvons tirer dès à présent cette conclusion pratique, que, lorsqu'il y aura conflit entre le père et le fils, c'est l'intérêt de l'enfant qui devra l'em-

(30) Fenet, X, p. 538.

(31) On peut considérer cet usufruit, comme une extension du droit de garde. Tronchet et Réal déclarent qu'il a été admis comme une sorte de conciliation entre les deux systèmes opposés du nord et du midi (Fenet, X, p. 482 et p. 522).

(32) Albisson s'exprime ainsi sur ce point : « L'autorité des « père et mère sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre « cause, ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à « proprement parler un droit, mais seulement un moyen de « remplir, dans toute son étendue et sans obstacle, un devoir « indispensable et sacré ». Le mot de puissance paternelle est donc employé au Code, dans le sens où l'entendaient Pothier et la plupart des coutumes.

porter (33). Nous trouverons plusieurs fois l'occasion d'appliquer cette importante règle d'interprétation.

L'article premier du projet, qui a été supprimé sans doute comme inutile lors de la rédaction définitive, contenait une définition de la puissance paternelle, dont les éléments nous semblent devoir être retenus, comme pouvant servir à résoudre plus tard une des plus graves controverses de la matière. Cette définition était ainsi conçue : « La puissance
« paternelle est un *droit*, fondé sur la nature et
« confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère
« la *surveillance* de la personne, et *l'administration*
« des biens de leurs enfants mineurs non émanci-
« pés (34) ». On voit que, dans cette définition, il n'est pas question d'usufruit, que l'administration des biens est au contraire indiquée comme un des éléments essentiels du droit paternel, et qu'elle est placée à côté et sur le même rang que la surveillance de la personne; d'où l'on peut conclure qu'elle a été, au même titre que celle-ci, considérée par les rédacteurs du projet du Code comme étant *d'ordre public*.

Cette opinion semble confirmée par la suite des articles du projet : l'article 12 (35) portait que le père a *l'administration et la jouissance* (36) des

(33) Il est évident que toute protection est établie dans l'intérêt du protégé, et non pas du protecteur (Laurent, IV, p. 349).

(34) Sur les observations du Tribunal de cassation, on avait supprimé les mots « par mariage », qui terminaient la définition (Fenet, II, p. 67 et 508.)

(35) Fenet, II, p. 69.

(36) L'article 13 dispensait du droit d'administration, aussi bien que du droit de jouissance du père, les biens acquis par un travail et une industrie séparée. Il résulte de la suppres-

biens de ses enfants ; l'article 14 admettait la validité de la clause de *non jouissance* du père, insérée par un tiers dans un legs ou une donation ; il semble bien que le silence de l'art. 14 sur la clause de *non administration*, rapproché du texte de l'article 12 et de la définition de l'article 1^{er}, soit on ne peut plus significatif, et doive être interprété dans le sens de la nullité de cette clause. — Sans doute, lors de la discussion au Conseil d'Etat, l'article 1^{er} tout entier, et dans l'art. 12 le mot « administration », ont été supprimés. Les articles 384 et suivants du Code actuel ne parlent plus que de la jouissance du père. Mais, comme l'on ne s'est pas expliqué au Conseil d'Etat sur le sens de cette modification évidemment accidentelle (37), l'argument tiré de l'intention présumée des rédacteurs reste le même.

En même temps que l'on discutait au Conseil d'Etat le Titre de la Puissance paternelle, on y présentait aussi le Titre de la Minorité, dont l'article 5 était ainsi conçu : « Après la dissolution du mariage « par le décès de l'un des époux, les enfants mineurs « et non émancipés demeurent sous la garde du père « ou de la mère survivant, auquel appartient le gou-

sion du mot « administration » dans les articles 384 et 387 du Code actuel, ainsi que des termes généraux de l'art. 389, que l'enfant n'a pas aujourd'hui l'administration de ces biens, et que la jouissance seule lui en est réservée. — Il est vrai que la modicité même de ces biens diminue l'intérêt de notre observation.

(37) On avait admis l'usufruit au profit des père et mère survivants. Or, après le décès de l'un des parents, il y a toujours tutelle. De là, sans doute, l'impossibilité, dans un article général comme l'art. 384, de maintenir le mot administration, qui ne s'appliquait qu'à l'hypothèse de parents tous deux vivants. (Séances du Conseil d'Etat des 17 déc. 1801 et 30 sept. 1802; Fenet, X, p. 479, 488 et 501).

« vernement de leur personne et l'administration de « leurs biens, des revenus desquels il jouit ». — Il semblait résulter du rapprochement des art. 12 du premier titre et 5 du second, que les droits et devoirs du père marié et du père veuf étaient identiques; il y aurait eu là un abandon des traditions coutumières qui ne pouvait échapper à Cambacérès.

Aussi, lors de la discussion au Conseil d'État (Fenet, X, p. 545), Cambacérès fit observer que « les mineurs « fils de famille ne peuvent être en tutelle, *que le* « *père est plus qu'un tuteur* ; il gouverne son fils en « vertu de la puissance paternelle, et sans qu'il soit « besoin de lui déférer la tutelle » (38).

La discussion sur ce point fut assez confuse : M. Tronchet répond à Cambacérès, qu'on « ne considère comme mineur que celui qui n'est plus sous la puissance paternelle; car un tuteur est inutile à l'enfant que régit encore cette puissance ». M. Berlier dit que la suite du projet établit suffisamment la distinction réclamée par le consul.

Sur une observation de Portalis, qui paraît prétendre, qu'au décès de la mère, la situation de l'enfant ne doit pas changer, M^e Régnault revient à la théorie émise par M. Tronchet, et répète que le projet doit exclure le cas où le mineur est sous la puissance du père.

Sur quoi M. Tronchet reprend : « Qu'il ne peut y « avoir d'équivoque, et qu'il y a, du reste, *quelque* « *différence* entre l'état du père, suivant que la mère « est morte ou vivante; dans ce dernier cas, *l'autorité*

(38) C'était pourtant le même Cambacérès qui avait présenté les trois projets révolutionnaires assimilant le père au tuteur : mais l'opinion avait tourné, et Cambacérès la suivait.

« du père s'étend sur toute la famille; dans le premier, *la tutelle* peut lui être refusée; *le père père et le père tuteur ne sont pas la même chose* ».

Cambacérès répond que ces explications lèvent toute difficulté.

Il résulte de cette discussion, assez peu nette d'ailleurs, que l'intention des rédacteurs était bien de maintenir la distinction qui existait dans l'ancien droit entre le père père et le père tuteur.

Néanmoins, le projet du titre IX, comme le titre VIII, restèrent muets sur les droits et devoirs du *père père*, ou père administrateur.

Le défaut de mention du droit d'administration dans le titre « De la puissance paternelle », n'avait pas frappé le Tribunat lors de la communication officielle de ce titre (4 oct. 1802). Mais lorsque, quelque temps après (2 nov.), on lui présenta aussi officiellement le titre « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation », la Section de législation de cette Assemblée s'aperçut de l'omission. De là les observations suivantes, d'une importance capitale en notre matière, qui reproduisent la distinction de Cambacérès, et paraissent s'en référer complètement à la législation coutumière antérieure :

« La Section pense que le premier article du chapitre de la tutelle doit énoncer, en termes précis, quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concerne la propriété de ces biens seulement, s'il a droit à la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses enfants. Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié

« de tuteur de ses enfants avant la dissolution du
« mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi
« n'admettait aucune différence entre le père et le
« tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût,
« par rapport aux biens personnels de ses enfants,
« assujetti durant le mariage à toutes les conditions et
« charges que la loi impose au tuteur ; il faudrait que le
« père fût sous la surveillance d'un subrogé-tuteur,
« sous la dépendance d'un conseil de famille, etc...; ce
« qui répugne à tous les principes constamment reçus.

« Il paraît évident que, jusqu'à la dissolution du
« mariage, le vrai titre du père, et le seul qu'il puisse
« avoir, dans l'hypothèse dont il est ici question, est
« celui d'administrateur.

« C'est sur cette observation qu'est fondée la dis-
« position suivante que la Section adopte :

« 1°/ Le père est, durant le mariage, administrateur
« des biens personnels de ses enfants mineurs.

« 2°/ Il est comptable, quant à la propriété et aux
« revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et,
« quant à la propriété seulement, de ceux des biens
« dont la loi lui donne l'usufruit.

« 3°/ Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera
« réglé par les dispositions de la section VIII » (39).

Il eût été plus sage, afin de ne pas donner lieu aux controverses qu'a depuis suscitées la place même de cet article dans le Titre de la tutelle, d'insérer la disposition proposée dans le projet sur la puissance paternelle. — Il en était temps encore. La rédaction définitive de ce projet au Conseil d'Etat n'eut lieu en effet que quelques jours après (11 novembre 1802);

(39) Fenet, X, p. 608.

et, soit à ce moment, soit même lors de la communication officielle qui n'eut lieu que le 16 mars 1803 (40), on eût pu réparer l'omission commise, et insérer au Titre de la puissance paternelle un article qui y trouvait bien mieux sa place (41). — On eut le tort de ne pas le faire, et la disposition proposée fut inscrite en tête du chapitre de la Tutelle (42).

Mais elle ne le fut pas toute entière. A la suite de la conférence tenue entre le Tribunat et le Conseil d'Etat, le troisième paragraphe, qui renvoyait aux règles de la tutelle pour « tout ce qui intéresse la *propriété* des biens », ne fut pas maintenu ; et la rédaction définitive, présentée au Conseil d'Etat dans la séance du 9 décembre 1802, ne comprit plus que les deux premiers paragraphes, qui sont devenus l'article 389. — Nous discuterons plus loin les conséquences très-importantes que l'on a essayé de tirer de cette suppression.

Nous n'avons, d'ailleurs, conservé aucune trace de la discussion qui eut lieu sur ce point dans la conférence avec le Tribunat, et Berlier, dans son Discours de présentation au Corps législatif, n'y fait pas allusion ; il se contente d'indiquer la distinction des articles 389 et 390 et les motifs qui l'ont dictée. « Tout « mineur, dit-il, n'est pas nécessairement en tutelle ; « celui dont les père et mère sont vivants, trouve en « eux des protecteurs naturels, et, s'il a quelques « biens personnels, *l'administration* en appartient à

(40) Il est vrai que la communication officielle n'était en général qu'une simple formalité.

(41) Surtout après la suppression du troisième paragraphe.

(42) Le titre X ne fut promulgué que 2 jours après le titre IX (5 avril 1803).

« son père. La tutelle commence au décès du père
« ou de la mère; car alors, en perdant un de ses
« protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une
« protection plus spéciale de la loi » (43).

Nous avons vu que déjà, lors de la discussion au Conseil d'Etat, Cambacérés et Tronchet avaient fait les mêmes remarques. Qu'est-ce à dire, sinon que l'on comptait s'en référer à la tradition de l'ancien droit qui distinguait le légal administrateur du tuteur légal? — Après avoir tenté, dans les projets de codes révolutionnaires, de faire du père un simple tuteur, les rédacteurs du Code Napoléon en reviennent aux précédents de la doctrine et de la pratique coutumières. Ils le déclarent d'ailleurs formellement: imposer au père les charges de la tutelle, « cela répugnerait, dit le Tribunat, à tous les principes reçus. » Donc pas d'assimilation avec la tutelle.

Mais faut-il en conclure que le père ne sera pas, en certains cas, tenu de remplir les formalités imposées au tuteur? Non assurément, si dans l'ancien droit le père était tenu de les remplir; car, ce que l'on a voulu, c'est s'en référer en bloc à la tradition. Dans son rapport au Tribunat, M. Huguet nous dit en effet: « Ce
« n'est point une législation nouvelle qui vous est sou-
« mise. Ce n'est pas un système nouveau qui vous est
« présenté ». M. Leroy dit, de même, dans son discours au Corps législatif: « Le gouvernement, en méditant
« cette matière qui n'est pas nouvelle, n'a guère eu
« qu'à soumettre au principe de l'uniformité les di-
« verses règles, résultant des coutumes et du droit
« écrit qui se partageaient la France avant la Révo-
« lution ». Sur quoi, Locré fait cette remarque :

(43) Fenet, X, p. 639.

« que les discussions ont été moins profondes et que
« plusieurs articles n'ont pas eu besoin d'explica-
« tions » (42). On s'en référait au passé coutumier.

Tels sont les travaux préparatoires du Code sur la matière de l'administration légale, considérée soit en elle-même, soit comme un des éléments du droit de Puissance paternelle. Nous pouvons en résumer l'esprit en quelques mots.

1° La Puissance paternelle, et par conséquent l'administration légale, doivent être *fortes* et respectées, quoique uniquement établies *dans l'intérêt de l'enfant*.

2° L'administration légale est un *attribut essentiel* de la Puissance paternelle. — A ce point de vue, on semble s'écarter de la dernière jurisprudence coutumière.

3° L'administration légale est bien distincte de la tutelle; mais cette *différence n'est admise que dans les limites où elle l'était par le droit coutumier*, auquel on s'en réfère absolument.

Nous verrons bientôt les conclusions très importantes que nous aurons à tirer de ces trois principes, pour la solution des nombreuses controverses que soulève l'interprétation de l'article 389 du Code civil.



DROIT FRANÇAIS.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS DES ENFANTS MINEURS

Pendant le mariage de leurs père et mère.

PRÉAMBULE.

L'article 389 du Code civil est ainsi conçu :

« Le père est, durant le mariage, administrateur
« des biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux
« revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance,
« et, quant à la propriété seulement, de ceux des
« biens dont la loi lui donne l'usufruit » (1).

Tandis que le Code civil consacre 86 articles à l'ad-

(1) Notre intention étant de traiter exclusivement de l'administration du père, sans nous occuper de l'usufruit légal auquel peuvent se trouver soumis, à son profit, les biens qu'il est chargé d'administrer, nous supposerons toujours que le père est comptable non seulement quant à la propriété, mais encore quant au revenu de ces biens ; cette administration sans profit a d'ailleurs lieu normalement, quand l'enfant a 18 ans, et en outre, dans les hypothèses des articles 387 (Clause de non usufruit du père), 730 (Indignité du père), 335 du Code pénal (Excitation à la débauche), 618 du C. civ. (Abus de jouissance), enfin en cas de renonciation (621). Les trois derniers cas sont contestés.

ministration des biens des mineurs qui ont perdu un de leurs parents ou tous les deux, il ne contient que cette unique disposition concernant les enfants qui ont encore leur père et leur mère. Il se contente d'énoncer et de reconnaître au père le droit d'administration, sans en régler la nature, la portée et les effets. — Que ce silence soit l'effet d'un oubli ou d'un renvoi, il ouvre le champ à toutes les controverses.

Sans doute l'*administration légale* est bien moins fréquente que la *tutelle* : la première origine de la fortune des mineurs, c'est ordinairement le prédécès de leur père ou de leur mère ; et il est assez rare de voir des enfants, ayant encore l'un et l'autre, posséder des biens personnels importants. — S'ils ont quelque chose en propre, il s'agit seulement, en général, de souvenirs de minime valeur, de dons ou de legs à titre particulier, faits par un aïeul, un parrain, un ami de la famille.

Mais le contraire peut très bien arriver : un grand-père lèguera parfois la quotité disponible à son petit-fils ; un oncle transmettra sa fortune directement à son neveu, surtout si le père a donné des marques de dissipation ou de prodigalité ; — ou bien ils voudront réserver aux enfants et à la famille une ressource certaine pour l'avenir, dans l'hypothèse, plus ou moins prévue, de revers de fortune du père, commerciaux ou autres ; — enfin, en présence d'un père trop prudent ou trop peu généreux, ils désireront assurer à un jeune homme d'avenir un capital, qu'il sera libre d'employer pour son établissement après sa majorité, ils constitueront dès à présent une dot à leur petite-fille ou à leur nièce.

Il est vrai que les testateurs ou donateurs ont la facilité, dans certains cas, de recourir aux substitu-

tions permises par les articles 1048 et suivants du Code civil. Mais les substitutions ont leurs inconvénients. — Elles entraînent des formalités gênantes. La charge de restitution ne peut avoir lieu qu'au profit de tous les enfants du grevé. La présence du tuteur est outrageante pour le père. La restitution ne se fait qu'au décès du grevé. Enfin tout le monde ne peut pas substituer. — D'ailleurs, le donateur peut ne vouloir faire aucune libéralité au père, et le priver même de l'usufruit.

Ces considérations suffisent pour établir l'importance de l'administration légale. — Il ne faut pas, en outre, oublier, qu'en dehors des *dons et legs* faits par des parents ou des étrangers, le fils de famille peut recueillir des biens personnels dans la *succession ab intestat* d'un frère ou d'une sœur (art. 748 et 751), ou même d'un autre parent si le père est renonçant (786), ou indigne (730). — Enfin, dans l'hypothèse assez rare, où l'enfant acquerrait, par *un travail et une industrie séparés*, des biens assez importants pour ne pas être dépensés au jour le jour, il semble que le père en aurait l'administration, quoique la loi (art. 387) lui en ait retiré l'usufruit (2). — Il en serait de même des *dons de fortune*.

(2) Cette solution semble au moins résulter des travaux préparatoires. Voir ci-dessus, *Droit ancien*, p. 209, note 36. — Voir pourtant la loi du 9 avril 1881, sur les *Caisses d'épargne postales*. L'article 6, § 5, de cette loi, dit que les mineurs seront admis à se faire ouvrir des livrets *sans l'intervention* de leur représentant légal. Ils pourront retirer sans cette intervention, mais seulement après l'âge de 16 ans révolus, les sommes figurant sur ces livrets, sauf opposition de la part de leur représentant légal. — L'art. 21 déclare l'art. 6, § 5, applicable aux *Caisses d'épargne ordinaires*. — La demande directe de livret doit indiquer les

De tous ces biens échus au mineur, le père est administrateur légal. — En général, lorsque le Code confie à une personne la gestion des biens d'une autre personne jugée hors d'état de diriger elle-même ses affaires, il prend deux sortes de mesures: 1^o il définit et limite les pouvoirs du mandataire; 2^o il exige des garanties de restitution, des garanties contre l'incapacité ou l'infidélité de la gestion. — C'est ce qui a lieu notamment pour le mari administrateur des biens de sa femme, pour le tuteur de l'orphelin ou de l'interdit, pour les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.

Ici la loi est absolument muette. — Quels sont les caractères de l'administration légale? Quelle est l'étendue, 'quelles sont les limites des pouvoirs du père? Ces pouvoirs sont-ils sans contrôle? L'enfant est-il sans protection, soit contre des dilapidations qui, pour être rares, n'en sont pas moins trop réelles quelquefois, soit contre une gestion, sinon infidèle, du moins aventureuse? S'il y a un contrôle, par qui sera-t-il exercé? — Le père est *administrateur*, dit la loi. N'y a-t-il pas des actes qu'il ne pourra pas faire seul en cette simple qualité? Quels sont-ils? Et si pourtant ces actes sont nécessaires, à qui s'adressera-t-il pour se faire autoriser à les accomplir en toute sécurité pour les tiers, comme pour lui-même? — La loi le dit *comptable*. Quelles seront les règles de cette comptabilité? — Comment, en un mot, suppléer au laconisme extrême du Code, et faire sortir d'un seul article tout un système d'administration?

noms et prénoms du père (art. 12 du décret du 31 août 1881). L'art. 20 du même décret exige, pour le retrait au-dessous de 16 ans, non seulement le *consentement*, mais la *présence* du père.

Il est peu de textes, qui aient soulevé plus de discussions, suscité plus de solutions différentes et contradictoires sans systèmes bien définis, avec des nuances et des distinctions de toutes sortes. Au fur et à mesure que les questions se sont présentées, la jurisprudence et la doctrine ont essayé de s'inspirer, à la fois, des principes généraux du droit, et des règles de la loi dans les matières analogues. Mais les solutions multiples qu'elles ont données sont loin d'avoir produit un ensemble de règles uniformes. Si, depuis trois quarts de siècle, l'accord semble s'être fait sur quelques points, on peut dire que, pour la plupart encore, la controverse subsiste aussi vive qu'à la première heure.

Aussi le Parlement s'est-il ému d'une incertitude qui fait varier la jurisprudence sur une matière d'une si réelle importance. Sur sa demande, un premier projet de loi a été déposé par le gouvernement dans la séance du 26 novembre 1881; il a été bientôt suivi d'un second, émané de l'initiative parlementaire. — Nous étudierons plus loin ces deux projets et les questions qui s'y rattachent, en les faisant précéder, comme préliminaire indispensable, d'une revue aussi complète que possible des législations étrangères. — En attendant une solution législative toujours retardée, la question reste entière quant à présent avec tout son intérêt d'actualité. C'est dans cet état qu'elle s'offre à notre analyse. L'étude que nous en présentons ne fera que mettre en plein jour la nécessité d'une réglementation nouvelle.

Dans un premier chapitre, le plus important de tous, nous essayerons de préciser l'esprit de l'arti-

cle 389, et de déterminer les caractères généraux de l'administration légale : nous grouperons et discuterons les divers systèmes de réglementation proposés, en insistant sur celui qui, dans l'état actuel, nous semble le plus conforme aux textes, à l'intention des rédacteurs et à la tradition de l'ancien droit.

Puis, abordant le détail des règles de cette administration, nous traiterons, dans trois chapitres consécutifs, des « Droits et obligations du père : « Au début, Dans le cours, A la fin de l'administration légale ».

Dans un cinquième et dernier chapitre, nous parcourrons les « Causes susceptibles de faire perdre « ou de modifier l'administration du père ».

L'étude, que nous avons déjà présentée, des règles de l'ancien droit, de la période intermédiaire ainsi que des travaux préparatoires, nous dispensera, grâce à de fréquents renvois, de donner à celle-ci toute l'étendue que son importance semblerait devoir lui assigner.

CHAPITRE PREMIER.

Caractères généraux de l'Administration légale. Interprétation de l'article 389.

§ 1. — L'ADMINISTRATION LÉGALE, ATTRIBUT DE LA PUISSANCE PATERNELLE, EST CONÇUE DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT.

L'administration des biens, de même que le soin de la personne des enfants mineurs, est pour le père de famille *un droit et un devoir qui résultent de la nature même*. — Ce n'est pas comme la tutelle une création artificielle de la loi, faite pour venir en aide aux incapables ; elle existe antérieurement à la loi, et en vertu des principes les plus élémentaires du droit naturel. — L'enfant ne peut pas veiller lui-même à ses intérêts. Qui doit et qui peut y veiller, sinon ses père et mère ? Le père n'est-il pas le protecteur né de l'enfant ? Qui pourra montrer dans cette tâche plus de soin et de sollicitude ? — Aussi la loi positive, suivant en cela la loi naturelle, a-t-elle toujours considéré la gestion des biens des mineurs, comme un des attributs de la puissance paternelle.

Mais ce droit du père est moins un droit qu'un devoir. Il est évidemment établi *dans l'intérêt de l'enfant*. La protection est faite pour le protégé, et non pour le protecteur.

Nous avons vu que Rome avait profondément méconnu ce caractère primordial de l'autorité paternelle ; elle avait fait du droit de gestion du père un véritable droit de propriété. Même après les réformes de Constantin et de Justinien(1), même après les atténuations apportées dans le droit écrit du midi de la France(2), la *Patria potestas* sur les biens présentait encore les trois caractères suivants : 1° une durée illimitée pendant toute la vie de l'ascendant, tant qu'il ne survenait pas de *capitis diminutio* ; 2° l'oubli absolu des droits de la mère ; 3° l'absence de garantie et de reddition de compte sérieuses. — En un mot, c'était encore une institution organisée *dans l'intérêt du père*, plutôt que dans l'intérêt de l'enfant.

Le droit coutumier, s'inspirant des idées germaniques, nous est au contraire apparu (3), comme ayant rétabli la puissance paternelle sur ses véritables bases ; d'après lui : 1° les pouvoirs du père cessent, avec leur raison d'être, à la majorité ; 2° l'influence légitime de la mère est consacrée ; 3° enfin, le père n'est plus qu'un loyal administrateur, dont la gestion temporaire est comptable. — Le droit naturel de l'enfant est reconnu, sans sacrifier le respect légitime dû à l'autorité paternelle.

La période intermédiaire, soit dans ses lois, soit surtout dans ses projets de loi, poussa jusqu'à l'excès

(1) Voir ci-dessus : *Du pécule adventice à Rome*, Thèse de Droit romain.

(2) Voir ci-dessus : *Destinées du pécule adventice en France* (chap. I, § 1 ; chap. II, § 1 ; chap. III, § 1 ; Thèse de Droit Ancien.)

(3) Voir ci-dessus : *Législation coutumière* (Thèse de Droit ancien : chapitre I, § 2 ; chapitre II, § 2 ; chapitre III, § 2).

les mesures de précaution contre le père, qu'elle assimilait presque à un simple tuteur (4). — Les rédacteurs du Code ont voulu réagir contre ces tendances exagérées, et revenir à la tradition coutumière (5).

Il y a évidemment, en cette matière, une juste mesure très délicate à établir. La loi doit avoir confiance dans l'affection du père : elle doit, dès lors, lui laisser une grande liberté dans l'exercice de son autorité. Mais, ne doit-elle pas réprimer les abus, et même prendre certaines mesures de garantie préventive? — Les rédacteurs du Code ont affirmé *deux principes*, qui, malheureusement, sont parfois en contradiction l'un avec l'autre : 1° le respect de la puissance paternelle; 2° la consécration des droits non moins respectables de l'enfant. — Mais ils ont particulièrement insisté sur le premier, et il ne faudra pas (comme l'ont fait trop souvent certains auteurs et beaucoup d'arrêts), arguer de cet intérêt prétendu de l'enfant, pour établir des règles ou des garanties que le législateur a implicitement repoussées (6). — C'est seulement sous ces importantes réserves, que nous plaçons, en tête de ce chapitre, le *Principe de l'intérêt de l'enfant*; car nous verrons que la logique nous obligera d'y faire de nombreuses exceptions.

(4) Voir ci-dessus : *Droit ancien*, chapitre IV, Prœm. et nos 1 à 7.

(5) Voir *eod. loc.*, nos 7 et suivants.

(6) Il ne faudra pas, notamment, sous prétexte de l'intérêt de l'enfant, donner aux tribunaux, en notre matière, un *pouvoir discrétionnaire* qui n'est prévu nulle part. Nous reviendrons sur ce prétendu pouvoir discrétionnaire, lorsque nous parlerons soit de la clause de non administration, soit de la possibilité de destitution, soit aussi de l'autorisation nécessaire pour les actes de disposition.

§ 2. — L'ADMINISTRATION LÉGALE APPARTIENT AU PÈRE.
A SON DÉFAUT, ELLE APPARTIENT A LA MÈRE.

La puissance paternelle à Rome, et dans les pays de droit écrit, appartenait au père seul : la mère, oubliée et méconnue, n'y participait en aucune façon, soit du vivant du père, soit après son décès.

Les coutumes, au contraire, et à leur suite les rédacteurs du Code, suivant les données du droit naturel, ont rendu à la mère ses droits incontestables ; ils ont reconnu l'importance de son rôle et consacré sa légitime influence au sein de la famille (7).

D'une part, en effet, ils lui ont donné la même autorité qu'au père (art. 372), sauf à ne l'exercer effectivement qu'à défaut de celui-ci (art. 373), et avec certaines modifications (art. 381 et 384).

D'autre part, ils ont tenu compte de sa présence dans la maison, et ils ont attribué une grande importance à son rôle de surveillance, puisqu'après sa mort ils ont astreint le père, auparavant simple administrateur, aux règles de la tutelle (art. 390).

Nous reviendrons sur le second point dans le paragraphe suivant. Insistons ici sur le premier, et voyons, en ce qui nous concerne, les conséquences de cette reconnaissance des droits de la mère.

La puissance paternelle, et par conséquent l'administration légale qui en est un des principaux attributs, est commune au père et à la mère. — Sans doute et en principe, le père seul en a l'exercice pendant la vie commune : il faut bien assurer l'unité de direction dans la maison. Le père a déjà, de par la

(7) Voir ci-dessus : *Droit ancien*, Chap. III, § 2.

loi, la gestion des intérêts pécuniaires de la communauté conjugale; il est naturel de lui confier également l'administration des biens de l'enfant. — Mais la mère est reconnue apte à l'exercer; ses droits sont seulement suspendus par l'action effective du père; mais elle les conserve pour ainsi dire *virtuellement*.

Si donc le père fait défaut, *s'il vient à manquer*, suivant l'expression du tribun Vésin, il est naturel que la mère prenne sa place. Toutes les fois que, par des raisons graves, le père sera empêché d'exercer ses droits, qu'il s'agisse d'impossibilité physique, morale ou légale (8), les droits paralysés de la mère renaîtront et s'exerceront naturellement. — Sans doute, dans l'art. 373, la loi dit : « Le père seul... ». Mais elle statue seulement « de eo quod plerumque fit ». — L'article 141 nous montre précisément une de ces hypothèses où la mère est substituée au père empêché : en cas d'absence, dit cet article, la mère « exercera tous les droits du mari ». Il faut en dire autant de tous les cas non expressément prévus, dans lesquels le père ne peut pas remplir son mandat légal. — Les articles 149 et 477 appellent la mère à donner seule son consentement au mariage ou à l'émancipation, lorsque le père est « dans l'impossibilité de manifester sa volonté », lorsque le père « fait défaut » (8). Si la mère a l'administration de la personne, malgré le texte de l'art. 373, elle doit à

(8) Aubry et Rau, I, § 87 in fine, et § 29, note 10. — Duranton, III, 418. — Demolombe, VI, 451, et VIII, 206 à 208. — Orléans, 9 août 1817 (Sir. 17, 2, 422). — Voir le décret de 1870. — Outre les art. 149 et 477, l'art. 2 du Code de commerce, dit que la mère autorise son fils à faire le commerce, en cas de décès, *d'interdiction* ou d'absence du père.

fortiori avoir l'administration des biens, en présence, du texte de l'art. 389 qui dit : « le père », et non pas : « le père seul ». — N'est-il pas, d'ailleurs, rationnel de préférer la mère à tout autre administrateur ? Les intérêts de l'enfant ne seront-ils pas mieux sauvegardés entre ses mains, qu'entre les mains d'un étranger ?

La mère, investie de l'administration légale, l'exercera au même titre et avec les mêmes prérogatives que le père. Elle n'aura besoin d'accomplir aucune formalité pour prendre en main l'autorité paternelle. C'est un droit qu'elle tient de la loi. C'est en même temps un devoir auquel elle ne peut se soustraire. Elle agira d'ailleurs en son propre nom, et non pas à titre de mandataire du mari. — Nous verrons plus loin (Chap. V) les importantes applications qu'il faudra faire de ces divers principes.

Il peut arriver que le père et la mère soient *à la fois* dans l'impossibilité d'exercer l'administration légale. Il faudra bien charger un tiers étranger de pourvoir aux intérêts des enfants ; car les mineurs ne peuvent pas rester sans protection. Quel nom et quels pouvoirs donnera-t-on à ce mandataire ? — Il nous semble que le seul moyen de pourvoir sérieusement à la défense des intérêts des mineurs, c'est de les placer provisoirement en *tutelle*, sauf à faire cesser cette tutelle, dans le cas où l'administration légale pourrait être reprise par la personne qui y est appelée (9). — M. Demolombe soutient qu'il ne peut être question de tutelle avant le décès de l'un des époux (art. 390) ; que, la mère qui supplée le père inca-

(9) Aubry et Rau, *op. cit.* ; Magnin, *Traité des Minorités*, I, 492.

pable n'étant pas tutrice, le tiers qui supplée les père et mère incapables ne doit pas être tuteur. — Ce raisonnement nous semble inexact : si la mère n'est pas tutrice, c'est qu'elle a une vocation propre, qu'elle a la qualité de mère, et qu'inspirant toute confiance elle peut être dispensée des garanties de la tutelle. Il ne peut en être de même d'un tiers étranger, dont la gestion présente naturellement moins de garanties, et doit être entourée dès lors des précautions légales prévues au titre de la Tutelle. — Quant à l'argument tiré du texte de l'art. 390, il n'est pas décisif, puisque M. Demolombe lui-même (10) fait échec à cet article, en matière de déclaration d'absence de l'un des deux époux. D'ailleurs, l'article 142 du Code civil ne parle-t-il pas de *tutelle provisoire* ? Enfin, c'est le cas ou jamais de faire triompher ici le principe ci-dessus posé de l'intérêt de l'enfant, puisque nous sommes dans une hypothèse, où l'application de ce principe ne porte aucune atteinte à la puissance paternelle.

Nous avons admis une tutelle. Il y aura donc un conseil de famille permanent. La première assemblée chargée de nommer le *tuteur provisoire*, sera convoquée conformément à l'art. 406, soit sur la réquisition des parents ou autres intéressés, soit même d'office par le juge de paix auquel on aurait dénoncé l'état d'abandon des enfants mineurs. — Nous écartons ainsi le pouvoir discrétionnaire des magistrats, auquel certains auteurs sont obligés de recourir pour arriver à la nomination d'un administrateur provisoire. Nous verrons plus loin que, sauf peut-être l'hypothèse de l'article 302, la loi n'admet nulle

(10) Demolombe, VI, 451, et VII, 27.

part ce prétendu pouvoir discrétionnaire des tribunaux, lequel est absolument contraire à notre organisation judiciaire actuelle.

§ 3 — L'ADMINISTRATION LÉGALE N'EST PAS UNE TUTELLE.

Conséquences générales.

Le droit romain avait donné au père des pouvoirs très étendus sur le pécule adventice de son fils (11). Les Codes révolutionnaires exagéraient la protection due aux enfants, en assimilant presque le père à un tuteur (12). — Entre ces deux systèmes diamétralement opposés, nos anciennes coutumes, et après elles le Code civil, ont admis un système intermédiaire. Tutelle après le décès de la mère, le pouvoir du père est, du vivant de celle-ci, qualifié seulement de « loyale, légitime, légale administration ». — Cette administration, dans l'ancien droit, quoique se rapprochant à certains points de vue de la tutelle, formait une institution bien à part, qui n'était pas entourée des mêmes garanties. C'était un mandat essentiellement basé sur la confiance de la loi dans l'affection simultanée des père et mère (13). — Tel est également l'esprit de l'article 389.

Une opinion, aujourd'hui démodée, *assimilait purement et simplement l'administration légale à la tutelle du conjoint survivant* (14). — On faisait remarquer dans ce sens, que l'art. 389 est placé au Titre

(11) Voir ci-dessus, Thèse de Droit romain, chap. IV.

(12) Voir ci-dessus, Droit ancien, chap. IV.

(13) Voir ci-dessus, Droit ancien, chap III, § 2.

(14) Persil, *Régime hypothécaire*, I, art. 2121, n° 36.

de la tutelle, et dans une Section qui est intitulée « De la tutelle des père et mère » ; que son laconisme doit impliquer un renvoi pur et simple aux règles exposées dans les articles qui suivent. — Ne s'agit-il pas, en effet, dans les deux cas, de la gestion des biens du mineur ? Le père ne tient-il pas toujours ses pouvoirs sur ses enfants de l'autorité paternelle ? Il gère pendant, il gère après le mariage ; qu'importe la différence de nom ? La tutelle n'est que la continuation de l'administration légale sous un autre nom. — Enfin on argumentait, dans ce sens, de l'esprit général des Codes de la Révolution, dont les projets ont été présentés précisément par Cambacérès, l'un des principaux rédacteurs du Code de 1804.

Ce système, qui avait l'avantage d'être simple et complet, et de résoudre d'un seul mot toutes les difficultés de la matière, n'a pas pu réussir. Il était trop contraire au texte, à l'esprit de la loi, enfin aux travaux préparatoires qui le contredisent d'une façon décisive. Aussi est-il aujourd'hui presque universellement rejeté. Nous insisterons néanmoins sur sa réfutation : car elle nous servira à établir d'une façon générale l'esprit de l'article 389.

En droit comme en fait, l'assimilation de l'administration légale à la tutelle est inadmissible.

a. La différence entre le *père père* et le *père tuteur*, ressort avec éclat des art. 389 et 390, qui distinguent si soigneusement l'un de l'autre. Il est impossible que les rédacteurs aient voulu faire seulement une distinction dans les mots, et assimiler deux situations entre lesquelles ils établissaient une antithèse évidente. La tutelle n'a lieu qu'à la dissolution du mariage (art. 390). Auparavant il y a seulement admi-

nistration légale (art. 389). C'est donc que l'administration légale n'est pas une tutelle.

Quant à la place de l'art. 389 au titre de la Tutelle, on pourrait expliquer cette transposition par la pensée, qu'auraient eue les rédacteurs, de régler dans une même série d'articles l'administration des biens de l'enfant, depuis son bas âge jusqu'à sa majorité (15), en le considérant successivement: 1° pendant l'existence de ses père et mère (art. 389); 2° après la mort de l'un d'eux (art. 390-396); 3° après la mort de tous les deux (art. 397 et suiv.); 4° enfin, postérieurement à son émancipation survenue soit du vivant, soit après le décès de ses père et mère (art. 476 et suiv.).

b. Il y a d'ailleurs une explication plus simple; elle résulte naturellement des travaux préparatoires qui sont formels (16). Le projet primitif parlait de l'administration dans le futur article 384. Cet article, ayant été remanié et modifié pour des motifs étrangers à notre question, ne vise plus que le droit de jouissance légale: on s'aperçut de l'omission, et, sur la demande du Tribunat dont nous avons transcrit les observations, l'art. 389 fut ajouté *précisément afin que l'on ne confondît pas* l'administration légale et la tutelle. Les paroles prononcées soit au Conseil d'Etat, soit au Tribunat, soit au Corps législatif, sont unanimes dans le sens d'une distinction formelle. C'est un hasard assez rare, que les travaux préparatoires ne puissent être invoqués que dans un sens: raison de plus pour prendre acte ici de cette unanimité. — Que si l'on invoque l'esprit général

(15) En ce sens, Marcadé, sur l'art. 389.

(16) Voir, pour plus de détails, *Travaux préparatoires*, ci-dessus, p. 200 et suiv.

des projets de la période intermédiaire, nous en appellerons du Cambacérès de 1793 au Cambacérès de 1804 ; ce n'est pas le seul point sur lequel le grand Conventionnel ait changé d'avis.

Pendant le mariage, le père gouverne la personne de ses enfants et administre leur patrimoine, en vertu de la puissance paternelle dont il est revêtu. — Après la dissolution de l'union conjugale, il conserve bien, en vertu de la puissance paternelle, le gouvernement de la personne : il le conserve même dans l'hypothèse où il ne serait pas chargé de la tutelle. Mais la gestion du patrimoine ne lui est plus dévolue qu'en qualité de tuteur, et ne lui appartient plus qu'à ce titre. — Voilà la tradition de l'ancien droit que le Code a voulu maintenir.

c. La distinction générale entre le père et le père tuteur est donc, au point de vue légal, solidement établie, et par le texte, et par l'esprit de la loi ; elle est justifiée par la tradition historique. Mais allons plus loin, et voyons si elle n'est pas conforme à la vérité des faits, aux mœurs de la famille ; nous nous demanderons ensuite si elle est conforme aux données de la raison.

Et d'abord, il faut bien remarquer que, durant le mariage de leurs père et mère, les enfants n'ont pas ordinairement de biens personnels, ou qu'ils n'ont le plus souvent que des biens de peu d'importance. C'est du moins l'hypothèse la plus générale, celle en vue de laquelle le législateur a dû statuer. La première origine de la fortune des enfants, c'est ordinairement le prédécès de leur père ou mère (art. 745). C'est donc à ce moment seulement que la tutelle devient nécessaire. — Ajoutons, par suite, qu'il n'y a pas ordinairement non plus, pendant le mariage, d'inté-

rêts opposés entre les père et mère et leurs enfants, de ces intérêts que la mort de l'un d'eux ouvre au contraire peresqu toujours (17).

Si maintenant nous nous plaçons au point de vue purement philosophique et rationnel, il est certain, qu'en raison comme en fait, il y a une grande différence entre la position des enfants qui ont encore leurs père et mère, et la position de ceux qui ont déjà perdus l'un ou l'autre. Pour les premiers, leurs intérêts sont à la fois garantis par l'affection paternelle, par la tendresse maternelle, et par l'amour conjugal dont ils sont à la fois le gage et le soutien. Pendant le mariage, le père et la mère sont là se consultant, se concertant tous les deux, veillant en quelque sorte l'un sur l'autre à leur insu, avec une instinctive émulation de tendresse. La mère est pour le père administrateur un conseiller vigilant et attentif, et bien plus affectueux que le subrogé-tuteur ou le conseil de famille attaché à la tutelle paternelle. Elle les remplace avantageusement dans leur mission de surveillance et de contrôle (18).

(17) Sic, Demolombe, VI, n° 415. — Nous avons pourtant remarqué que parfois, si on fait un legs à un fils de famille, c'est par un sentiment de méfiance à l'égard de son père. N'en pourrait-on pas conclure, en législation, qu'il faut alors précisément une protection de la loi plus énergique, et une plus grande restriction des pouvoirs du père (surtout si l'on n'admet pas la clause de non administration)?

(18) Il est vrai que, dans certains cas, l'action de la mère est presque nulle, notamment en cas de séparation de fait ou de droit. — L'expérience d'ailleurs a prouvé que l'influence de la mère est moindre que ne l'a cru le législateur, surtout lorsqu'il s'agit, non pas de la personne, mais *des biens* de ses enfants. Le plus souvent elle reste absolument étrangère à leur administration.

Mais la mère vient-elle à mourir, le mineur, perdant un de ses protecteurs *naturels*, réclame une protection spéciale, *de la loi* (parole de Berlier au Corps législatif). L'affection paternelle n'est plus suffisante, à raison de l'opposition d'intérêts que la mort même de la mère a fait naître entre le père et le fils, et elle deviendra plus insuffisante encore, si le père convole à une seconde union. L'expérience et la connaissance du cœur humain justifient donc ce que les précédents avaient établi. Il faut au décès d'un des parents substituer les garanties légales aux garanties naturelles. « L'histoire et la philosophie témoignent également de la sagesse des dispositions législatives qui ont satisfait à ces exigences, en accordant au père, tant que dure le mariage, une *gestion toute de confiance*, et en transformant, lors de la dissolution du mariage, l'administration légale en tutelle, c'est-à-dire en une *gestion entourée de mesures de précautions* » (19).

L'administration légale n'est pas une tutelle. Mais est-ce à dire que la distinction que nous venons de poser soit absolue, et qu'il y ait entre les deux institutions un véritable abîme? L'antagonisme est-il tel que tout élément, tout rouage emprunté à la tutelle doive être impitoyablement écarté? Nous ne croyons pas que telle ait été l'intention du législateur. Nous verrons, en effet, que les Observations du Tribunat ne doivent pas être entendues dans un sens trop strict, que les

(19) Sic Aubry, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, p. 663. — Demolombe, VI, n° 413-415. — Laurent, IV, n° 302. — Aubry et Rau, I, § 123, note 5. — Le Code italien a pourtant établi le système opposé (Voir ci-dessous, Législation comparée.)

rédacteurs du Code semblent avant tout avoir voulu s'en référer à la tradition, et que cette tradition exigeait parfois l'emploi de certaines formalités de la tutelle. — Il ne faut pas oublier d'ailleurs qu'il s'agit de biens de mineurs; or, en dehors des textes du titre de la Tutelle, il existe au Code tels articles qui astreignent à des formes communes à tous les mineurs, l'accomplissement de certains actes de disposition relatifs à leurs biens : la généralité de ces textes n'est-elle pas un indice de l'intention tacite du législateur? — Il a voulu donner au père une mission toute de confiance, sous la surveillance de la mère. C'est dire qu'il écartait de cette gestion les prohibitions, les précautions et garanties spéciales de bonne administration et de restitution imposées au tuteur; c'est dire que cette *administration* du père serait gouvernée par les règles les plus larges du droit commun. Mais *administrer* n'est pas *disposer* : il faudra donc distinguer (non pas d'après les règles spéciales à la tutelle, mais d'après les principes généraux), les actes d'administration et les actes de disposition. Pour les premiers, liberté absolue du père; mais, pour les seconds, nous croyons qu'il devra, comme dans l'ancien droit, faire compléter ses pouvoirs dans les mêmes formes que le tuteur. — Telle est, en quelques mots, l'esquisse générale du système que nous développerons plus en détail dans le paragraphe suivant, après avoir parcouru les nombreux systèmes proposés par la doctrine et la jurisprudence.

Mais nous pouvons, dès à présent, parcourir les conséquences, généralement admises, de cette idée primordiale que la gestion du père est une mission toute de confiance : on en conclut naturellement

qu'il ne faut pas lui appliquer les *garanties spéciales* que la loi a établies *contre* le tuteur. — Or il y en a quatre principales :

- 1^o Subrogée-tutelle ;
- 2^o Existence d'un conseil de famille *permanent* ;
- 3^o Hypothèque légale, et règles spéciales du compte de tutelle ;
- 4^o Possibilité d'exclusion et de destitution.

Reprenons successivement ces quatre garanties.

1^o. *Il n'y aura pas de subrogée-tutelle* (20). Le Tribunal, dans ses observations, s'est formellement expliqué sur ce point. « Le père, dit-il, *ne doit pas*, comme le tuteur, être *sous la surveillance* d'un subrogé-tuteur ». C'est la mère qui est chargée de cette surveillance. — Le père administrateur fera donc seul, en général, les actes pour lesquels la présence du subrogé-tuteur est nécessaire au tuteur (art. 451, 452, 453, § 2, 459.)

Mais, en dehors de son rôle de surveillance, le subrogé-tuteur a une autre mission : c'est celle d'agir pour le mineur, lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420). — Que se pas-

(20) En ce sens : Cassation, 4 juil. 1842 (Sir., 42, 1, 601; Dal., 42, 1, 337); Besançon, 29 nov. 1864 (Sir., 65, 2, 76; Dal., 64, 2, 195); Paris, 5 avril 76 (Sir., 76, 2, 236; Dal., 77, 2, 134); Bordeaux, 2 juin 76 (Sir., 76, 2, 330; Dal., 78, 1, 227). — Sic: Fréminville, I, n^o 12; Valette, sur Proud'hon, II, p. 282; Duranton, III, 415; Marcadé, I, sur l'art. 383, app. 1; Aubry et Rau, I, § 123, note 6; Demolombe, VI, 421; Laurent, IV, 310. — En conséquence, les délais d'appel du jugement rendu contre l'enfant mineur, représenté par son père, courent du jour de la signification de ce jugement au père, sans qu'il soit nécessaire de le signifier en outre à un subrogé-tuteur; en ce sens : Bioche : v^o Appel, n^o 36; Chauveau, sur Carré, n^o 1590 bis.

sera-t-il dans ce cas en matière d'administration légale? Ne faut-il pas nommer, au mineur sous puissance, une sorte de *représentant ad hoc*, chargé de défendre ses intérêts particuliers? Comment s'appellera ce mandataire spécial? Qui sera chargé de le nommer? Qui pourra provoquer sa nomination? — Nous renvoyons la discussion de ces importantes questions à la section spéciale (21), que nous consacrerons à l'étude des « Oppositions d'intérêts entre le père et le fils ».

2°/ *Il n'y aura pas de conseil de famille permanent*, chargé de contrôler l'administration du père; suivant l'expression du Tribunat, le père *n'est pas sous la dépendance* d'un conseil de famille. — Mais nous verrons s'il n'y a pas lieu, dans certains cas, d'obtenir l'avis d'une sorte de *conseil de famille ad hoc*, réuni spécialement pour autoriser le père à accomplir les actes dépassant les limites de l'administration. Ce ne serait d'ailleurs qu'une réunion accidentelle, faite sur la réquisition du père; ce ne serait qu'une assemblée de parents compétents seulement pour l'affaire même qui lui serait soumise, et qui, chargée de compléter sur un point les pouvoirs du père, ne le tiendrait en aucune façon sous sa *dépendance* (22).

3°/ *Il n'y aura pas d'hypothèque légale. La reddition de compte ne sera pas soumise aux règles de la tutelle.* — Ce sont là des précautions exceptionnelles, des garanties spéciales, qui s'expliquent par la défiance de la loi à l'égard du tuteur. Or le mandat que la loi donne au père est, au contraire, basé sur la confiance la plus légitime. — Nous reviendrons sur ces ques-

(21) Voir ci-dessous : Chap. III, § 3.

(22) Voir le paragraphe suivant.

tions diverses à propos du Compte d'administration (23).

4°/ *Il n'y aura pas lieu d'appliquer les causes d'exclusion ou de destitution édictées en matière de tutelle.* Ce sont des pénalités(24) qui sont de droit étroit. — Mais est-ce à dire que l'enfant sera sans protection ? Si la mère, chargée de surveiller le père à la place du subrogé-tuteur ou du conseil de famille, le juge incapable ou infidèle, pourra-t-elle, en dehors de son influence purement morale, agir plus effectivement ? D'autres le pourront-ils à son défaut ? Nous étudierons, dans notre dernier Chapitre, la question très délicate de savoir si les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

§ 4. — SYSTÈMES DIVERS SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ART. 389.

Système adopté : *Le père est soumis aux règles du droit commun des administrateurs. Mais pour les actes de disposition il doit remplir les formalités de la tutelle.*

L'administration légale n'est pas une tutelle. Ce n'est là qu'un principe négatif, qui ne suffit pas pour résoudre les grandes difficultés que soulève l'interprétation de l'article 389. Le système de l'assimilation à la tutelle doit être écarté. Mais lequel faut-il mettre à sa place ? Quelles seront les règles de cette administration. Quels seront les pouvoirs du père ? Quid des actes de disposition ?

Nous rencontrons *d'abord deux systèmes extrêmes,*

(23) Voir ci-dessous, Chap. IV.

(24) Voir ci-dessous, Chap. V.

qui sont l'un et l'autre l'application absolue, et pour ainsi dire draconienne, de l'idée de non tutelle, en même temps que l'interprétation abusive du silence du législateur.

A — Un premier système, qui semble être adopté par Zachariæ (25), fait le raisonnement suivant. — La loi n'a mis aucune restriction expresse aux pouvoirs du père. Le droit, en vertu duquel il administre les biens de son enfant et le représente dans tous les actes de la vie civile, doit donc être, en général, *considéré comme illimité* (26). — Il sera seulement tenu, à la majorité de l'enfant, de lui présenter les comptes de l'administration de sa fortune, et de la lui remettre en principal et en revenus. En attendant, il aura pu la transformer à sa guise, disposer même du capital, sans que sa gestion soit soumise à aucune garantie ; en un mot, *agir librement sous sa seule responsabilité*.

Cette opinion nous paraît absolument inadmissible. Vouloir conclure, du silence de la loi, que le père est investi sur la fortune de ses enfants des pou-

(25) Zachariæ, I, p. 406. — L'arrêt de Bourges, du 11 fév. 1863 (Sir. 63, 2, 121), paraît s'y rallier au moins en partie. Voir aussi Montpellier, 30 mars 1859 (Sir. 59, 2, 508).

(26) Il est vrai que Zachariæ ajoute : « sauf les exceptions déterminées par la loi ». Mais où sont ces exceptions ? Quel texte nous les indique ? Aucun article ne fixe la limite des droits du père. Le père pourra donc faire tous les actes les plus graves. — Voir, pourtant, les articles 776, 838, 2045, 2124 du C. civ. et 953 et 954 du C. de Proc., qui pourraient être, dans ce système, les *exceptions légales*. Mais alors, il y aurait d'autres actes non moins graves, qui seraient permis comme n'étant pas compris strictement dans l'exception ; ce qui paraît inadmissible.

voirs les plus étendus, qu'il peut faire tous les actes même les plus graves, même les actes de dispositions les plus caractérisés, sans contrôle, sans autorisation, — c'est faire violence à la nature même des choses; c'est aller bien au-delà de ce que permettait la législation déjà trop peu sévère de Rome; c'est méconnaître les principes les plus essentiels du droit, sur l'administration des biens d'autrui. Le père n'est, d'après l'art. 389 lui-même, qu'un *administrateur*; il ne peut donc pas, en cette qualité, faire les actes qui excèdent les pouvoirs les plus étendus d'un administrateur; et si quelques actes d'aliénation peuvent parfois rentrer dans les nécessités de l'administration, — on ne peut y comprendre toute aliénation. C'est l'application de la règle de droit fondamentale, déposée dans l'art. 1988 du Code civil en matière de mandat : « Le mandat, conçu en termes généraux, n'embrasse que les actes d'administration ».

B — A l'inverse, et comme conséquence des objections que nous venons de faire à ce premier système, on conçoit très bien une seconde opinion qui raisonnerait ainsi : — L'art. 389 ne parle que d'administration. D'autre part, on ne peut absolument rien emprunter aux règles de la tutelle. Donc, 1^o le père administrera suivant les règles du droit commun; 2^o comme tout administrateur, il ne pourra pas disposer. — Jusqu'ici rien de plus juste. — Mais voici une troisième conclusion forcée des deux prémisses : 3^o *les actes de disposition seront absolument prohibés. Les biens du fils seront inaliénables.* Le père ne peut pas aliéner seul; la loi n'a pas établi d'autorité pour compléter ses pouvoirs, et l'enfant n'a pas d'autre représentant que le père : donc ses biens seront

placés hors du commerce au point de vue des actes de disposition. — Telle serait, dit Laurent (27), d'après la rigueur des principes, la conséquence du silence de la loi : la création d'une inaliénabilité nouvelle, que certes les législateurs n'avaient pas prévue en rédigeant l'art. 389 (28).

Il faut pourtant remarquer que ce système extrême aurait des conséquences moins graves qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Le père pourrait toujours agir comme gérant d'affaire; et le fils ne demanderait évidemment pas la nullité, si l'acte de disposition n'était pas nuisible ou inutile. — Quant à l'intérêt des tiers, il pourrait très bien être sauvegardé, par l'insertion dans l'acte d'une *clause de porte-fort* émanée du père. Cette clause est déjà très fréquemment employée en matière de tutelle, lorsque l'on veut éviter les formalités coûteuses de la loi. Le père aliénerait, en garantissant la ratification du fils. — Ce serait, au fond, quelque chose d'analogue à ce qui se passait à Rome. Le père aliénait, sauf au fils à faire annuler la vente, s'il prouvait le défaut de nécessité ou d'utilité évidente; déjà Constantin conseillait aux tiers acheteurs, de se faire donner par le père « *sponsores vel fidepromissores* ».

Malgré ce qu'un pareil système peut, à première vue, présenter de séduisant dans sa logique, il doit être évidemment écarté. Cette inaliénabilité est trop apparemment en contradiction avec l'intention du

(27) Laurent, IV, 313.

(28) Le jour où un Tribunal, invoquant le silence de la loi, au lieu d'autoriser, directement et sans texte, les actes de disposition, viendrait dire : « l'aliénation est impossible », peut-être le législateur se déciderait-il à créer ce texte qu'on lui demande depuis si longtemps !

législateur. — D'ailleurs, la mise hors du commerce de biens quelconques, est contraire à l'intérêt des propriétaires, comme à l'intérêt général. — Quant à la possibilité d'une gestion d'affaires, ce ne serait qu'un palliatif insuffisant. Il importe que les conventions soient, autant que possible, entourées d'une sécurité définitive. Il pourrait, d'ailleurs, se présenter telle circonstance, où l'acte de disposition présenterait un caractère de nécessité absolue, et où pourtant le père ne voudrait pas ou ne pourrait pas se porter fort.

D'autre part, cette inaliénabilité sans exception serait unique et irrationnelle. — Comment la loi, qui admet, en certain cas, l'aliénation de l'immeuble dotal lui-même (art. 1555 et suiv.), n'aurait-elle pas prévu des exceptions analogues pour les biens du fils de famille ? — Comment le père ne pourrait-il pas faire ce que la loi permet au tuteur ? Il y a là un argument d'analogie très puissant, en ce sens que l'intérêt de l'enfant sous l'autorité paternelle est le même que celui de l'enfant sous tutelle. Il y a même un argument à fortiori en faveur du père. Il a en général des pouvoirs plus étendus que le tuteur. Comment ne pourrait-il pas faire les actes de disposition indispensables qui sont permis à ce dernier ? — Il y a, il est vrai, une difficulté : la loi donne au mineur en tutelle des garanties, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du Tribunal. Or elle ne semble pas en établir en faveur de l'enfant sous puissance. Il lui en faut cependant. Il est impossible d'admettre un oubli du législateur. Quelles seront ces garanties ? Ceci nous amène directement à l'exposition des systèmes suivants, plus pratiques et plus discutés que les deux qui précèdent.

C — M. Laurent, et avec lui un grand nombre d'auteurs et d'arrêts, partent du même *principe de non tutelle*, et ils commencent par l'appliquer d'une façon absolue. *L'administration du père sera soumise aux règles du droit commun*, sans qu'on puisse invoquer aucun argument d'analogie tiré de la tutelle. La distinction des actes d'administration et des actes de disposition se fera uniquement d'après leur nature propre et intrinsèque, et les auteurs se montrent, en faveur du père, aussi larges que possible dans l'appréciation de la nature de ces actes. — Abordant alors les *actes de disposition*, ils insistent sur l'incompatibilité de *tout* conseil de famille avec le caractère du père administrateur légal, et ils invoquent, à l'appui de cette idée, la suppression du § 3 de la proposition du Tribunat (lequel renvoyait pour les *actes de propriété* aux règles de la tutelle). — Mais comment suppléer à l'insuffisance du père ? La mise hors du commerce des biens de l'enfant est inadmissible. Il faut bien quelqu'un pour compléter les pouvoirs du père. — Ce sera, dit-on, *le tribunal* (29) *en Chambre du conseil*.

(29) Laurent, IV, 314; de Fréminville, I, p. 42; Bertin, *Chambre du Conseil*, I, v^o Mineurs, n^o 613; Duranton, III, n^o 445; Oudot, *du Droit de famille*, p. 199; Dalloz, *Répertoire*, v^o Puissance paternelle, n^o 82, qui cite en ce sens Delvincourt, I, p. 401, n^o 8; Marcadé, II, art. 389, n^o 4; Bertin, *Journal le Droit*, 2, 3 et 4 juin 1868; Seligman, *Revue Critique*, 1875, p. 689. — Voir de nombreux jugements de la chambre du Conseil du Tribunal de la Seine, rapportés par Bertin, *Chambre du Conseil*, pages 550, 565 à 568, 571, 572; et avec des nuances diverses, les arrêts de Montpellier, 30 mars 1859, (Sir. 59, 2, 508); Bourges, 41 février 1863, (Sir. 63, 2, 121; Dal. 64, 5, 305); Besançon, 29 nov. 1864 (Sir. 65, 2, 76; Dal. 64, 2, 195); Pau, 15 juillet 1865 (Sir. 66, 2, 278; Dal. 68, 1, 27); Cassation, 3 juin 1867 (Sir. 67, 1, 273; Dal. 68, 1, 27).

M. Laurent, dont la logique est ordinairement si serrée, admet, quoiqu'à regret, cette solution, mais sans pouvoir la justifier. Il reconnaît que les interprètes font ici la loi. — On invoque, à l'appui de ce système, la nécessité, l'intérêt de l'enfant. — On soutient que la loi a conféré au pouvoir judiciaire une haute tutelle sur les incapables. — On dit qu'il est permis à l'interprète d'essayer de combler une lacune du Code en s'inspirant de son esprit, et de chercher la règle à suivre sur un point douteux, en argumentant des décisions législatives qui statuent sur une situation analogue. Or, dit-on, le Tribunal (1558) n'est-il pas chargé d'apprécier la nécessité d'aliéner les biens dotaux, dont le mari a l'administration pendant le mariage? N'autorise-t-il pas, en certains cas, l'envoyé en possession (126, 2), l'héritier bénéficiaire (796), à vendre certains biens? Son intervention n'est donc pas précisément anormale. — Elle est même formellement prévue pour le père dans des lois récentes. L'art. 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, déclare en effet que : « Si des
« biens de mineurs ou *autres incapables* sont com-
« pris dans les biens à exproprier, les tuteurs et
« *tous représentants des incapables* peuvent, après
« autorisation du tribunal sur simple requête en la
« Chambre du Conseil, le Ministère public entendu,
« consentir amiablement à l'aliénation desdits
« biens ». De même l'article 4 de la loi du 25 juin 1865 permet aux mêmes *représentants*, sous les mêmes conditions, d'adhérer au nom des mineurs aux associations syndicales pour exécutions de travaux. Cette autorisation du tribunal en la chambre du Conseil n'est donc pas contraire aux règles de notre organisation judiciaire. — Enfin on pro-

pose un dernier argument. Le père, dit-on, tient son mandat général de la loi. Pour aliéner, il faut au mandataire une autorisation spéciale de son mandant (art. 1988). Or, quel est le représentant de la loi, sinon le juge? C'est donc le juge, c'est donc le tribunal (et non pas un conseil de famille), qui donneront l'autorisation. — C'est en vertu de la même idée que l'on donne au tribunal le droit de retirer au père le mandat dont il abuse.

On conclut, en disant que ce système, tout en simplifiant les formalités imposées au père administrateur, concilie la protection que la loi doit accorder à l'enfant, avec le respect qui est dû à l'autorité paternelle.

Il s'agit, d'ailleurs, d'une *autorisation* et non pas d'une *homologation* du tribunal, contrairement à l'opinion de Duranton, qui voulait aussi l'autorisation judiciaire, mais qui ajoutait que les tribunaux consultés *ne devaient pas manquer*, avant de consentir, *de demander l'avis des parents*. Dans le système de Laurent, il ne peut pas y avoir d'avis de parents, puisqu'il n'y a pas de conseil de famille. Les juges peuvent ordonner une enquête, recourir à tous les moyens pour s'éclairer; mais ils n'ont pas à consulter une assemblée de parents, réunie pour formuler un avis favorable à l'aliénation. Ils n'homologuent pas, puisqu'il n'y a rien à homologuer; ils font plus, ils autorisent.

Voici comment, *en fait*, on procède au tribunal de la Seine. La demande d'autorisation est portée sur simple requête en la Chambre du Conseil. Elle est d'abord examinée par le Ministère public; puis l'affaire est remise aux mains du Tribunal, qui nomme un rapporteur, peut ordonner des instructions

et une enquête par voie de jugement interlocutoire ; il rend ensuite sa décision, le Ministère public entendu.

Ce système est peut-être excellent en législation ; c'est effectivement celui que proposent les divers projets de la loi actuellement à l'étude. Mais, en droit, et dans l'état présent de la loi, il est inadmissible.

Qu'est-ce, en effet, que cette tutelle, cette protection spéciale des incapables, que l'on revendique pour les tribunaux ? Où puise-t-on, dans notre législation moderne, ce *pouvoir d'intervention* qui n'est prévu par aucun texte, et qui est évidemment contraire à notre organisation judiciaire ? Comment M. Laurent, qui n'admet pas, (et avec raison), le pouvoir discrétionnaire des magistrats, lorsqu'il s'agit d'apprécier la clause de non administration ou de destituer le père, comment peut-il, même à regret, admettre sans texte cette autorisation du tribunal ? — Le propriétaire seul peut aliéner ; quand il est incapable, c'est à *la loi* de déterminer par qui, sous quelles conditions, avec quelles garanties l'aliénation se fera. Un administrateur ne peut pas, en l'absence d'une disposition de la loi, être autorisé par un tribunal à aliéner les biens qu'il est chargé seulement d'administrer. A quel titre le tribunal interviendrait-il ? — C'est la nécessité, dit-on, c'est l'intérêt de l'enfant qui conduisent à cette doctrine. Mais alors, vous faites la loi, vous ne l'interprétez plus, et nous ne pouvons vous suivre. — Quelle est, d'ailleurs, la conséquence forcée de ce système ? C'est qu'il faudra déclarer nul tout acte de disposition que le père aura fait sans autorisation de justice. Et, cependant, peut-il y avoir

nullité sans la volonté du législateur, nullité pour inobservation d'une formalité qu'il ne prescrit pas et à laquelle il n'a certainement pas songé ?

On cherche des arguments d'analogie tirés des autres mandats légaux. — On invoque l'art. 1558. Mais la matière de la dot est spéciale, et puis il y a un texte donnant compétence au tribunal ; ici il n'y en a point. L'immeuble dotal serait-il aliénable, si l'article 1558 n'existait pas ? — On invoque les art. 126 et 796. Mais il ne s'agit, dans ces deux cas, que de mesures essentiellement conservatoires, édictées pour certains biens susceptibles de détérioration. — Quant aux lois de 1841 et de 1865, ce ne sont que des exemples de ce que pourrait et devrait faire le législateur ; elles ne prouvent rien, lorsqu'il s'agit de savoir ce qu'il a voulu faire en 1804. — C'est l'*intention probable* du rédacteur de la loi qu'il faut avant tout rechercher, lorsque l'on interprète un texte insuffisant. On ne peut admettre ici un oubli de sa part. Il est certain, d'ailleurs, qu'il n'a pas songé à l'intervention directe du tribunal. C'est donc qu'il a voulu s'en référer à ce qui se passait dans l'institution voisine, surtout si telle était la tradition de l'ancien droit. S'il y a un argument d'analogie à faire, pour combler ici les lacunes de l'administration légale, c'est évidemment des règles de la tutelle qu'il faudrait le tirer.

Quant à l'argument qui consiste à dire, que le juge, en qualité de représentant de la loi, doit pouvoir modifier et étendre le mandat légal du père, afin de lui donner le caractère de spécialité exigé pour les actes d'aliénation, il repose sur une erreur grossière. Ce n'est pas le juge qui est le représentant de la loi, c'est le législateur. Le juge n'est chargé

que d'appliquer la loi ; seul le législateur a le pouvoir de la faire, et seul il a le droit d'intervenir pour étendre (comme pour supprimer) le mandat qu'il a confié au père. Un Tribunal ne pourrait le faire que si la loi lui avait confié cette mission.

M. Demolombe, qui combat très énergiquement le système de l'autorisation par le Tribunal, formule contre lui un double reproche :

1^o/ Il manque de logique. — Car, dit l'éminent professeur, de deux choses l'une : ou bien les règles de l'administration tutélaire sont (sur ce point) applicables à l'administration légale ; ou elles ne le sont pas. Dans le premier cas, l'administrateur légal a besoin du consentement du conseil de famille ; dans le second, il n'a pas même besoin de l'autorisation du Tribunal. Ce sont en effet les mêmes règles, les mêmes articles, le même et unique mécanisme enfin, qui exigent tantôt l'une, tantôt l'autre autorisation et quelquefois les deux en même temps.

Ce premier reproche n'est pas décisif. On peut y répondre, en effet, que rien ne commande absolument cette alternative dans laquelle l'auteur paraît vouloir s'enfermer, et que tout au moins il en tire une conclusion assez inexplicable : de ce que l'on n'appliquerait pas les règles de la tutelle, il ne résulte pas que l'administrateur légal aurait toute liberté d'aliéner.

2^o/ La deuxième critique est plus sérieuse. L'avis des parents, dit M. Demolombe, est indispensable pour éclairer la religion du Tribunal, pour le prémunir contre les prétextes et les ruses par lesquels on cherche si souvent à obtenir ces sortes d'autorisations. Le père pourra ne pas tout dire, ou même avancer des mensonges. Il faut l'avis désintéressé et impartial de la famille, pour assurer l'efficacité de

l'intervention de la justice. L'autorisation du conseil est, pour ainsi dire, la condition préalable et nécessaire de l'autorisation du Tribunal.

Malgré l'importance de l'objection, les partisans du système de M. Laurent font remarquer avec assez de raison que : 1°/ l'on ne peut admettre qu'un examen confié aux magistrats constitue une formalité inutile et inefficace; 2°/ trop souvent, au contraire, les conseils de famille ratifient sans examen approfondi les propositions qui leur sont faites; 3°/ il pourrait arriver que le Tribunal, trompé par une approbation unanime du conseil de famille, homologuât, après examen sommaire, la décision de ce conseil, alors que peut-être il aurait refusé d'autoriser l'acte de disposition, s'il avait seul été chargé de l'autorisation.

Il est enfin une objection, à laquelle le système que nous combattons ne peut faire aucune réponse; c'est qu'il est à certains points de vue moins favorable au père et à l'enfant que ne le serait une tutelle. — Les autorisations de la tutelle sont graduées suivant l'importance des actes; d'abord simple autorisation du conseil de famille, entraînant peu de frais et peu de perte de temps; puis, si l'acte est plus grave, intervention du Tribunal. — Or, dans le système de Laurent, il faudra, pour tout acte de disposition, s'adresser au Tribunal, et recourir ainsi *toujours* à une véritable procédure plus longue et plus coûteuse. N'est-il pas singulier de voir, par exemple, le père obligé de se faire autoriser en justice pour répudier une succession, alors qu'il suffit au tuteur de proposer la mesure à une assemblée de parents présidée par un juge de paix?

D — C'est en partie afin d'éviter une pareille

anomalie, que certains auteurs et beaucoup d'arrêts, *n'exigent l'autorisation du Tribunal, que pour les actes soumis en matière de tutelle à l'homologation de justice* (30).

Dans ce système intermédiaire, — au lieu de s'attacher uniquement, comme le fait Laurent, à la nature des actes pour distinguer l'administration, de la disposition, — on admet purement et simplement les distinctions établies au titre de la Tutelle : d'une part les actes soumis pour le tuteur à l'autorisation du conseil de famille ; d'autre part, les actes astreints en outre à l'homologation du tribunal. — Pour les premiers, le père les fera seul librement ; *il aura les pouvoirs d'un tuteur autorisé par le conseil de famille*. Quant aux seconds, il demandera l'autorisation de justice.

Ce système, qui paraît d'une application facile, ne repose sur rien. Le seul argument qu'on allègue toujours en sa faveur, c'est l'absence absolue de conseil de famille pendant le mariage. Nous verrons que cette affirmation peut être contredite. — Mais admettons-la un instant. Faut-il en conclure que le père pourra faire seul tous les actes pour lesquels le tuteur est obligé de demander l'autorisation du conseil ? Non, assurément. Le père n'est *qu'administrateur*. Si quelques-uns de ces actes, la répudiation d'une succession par exemple, sont des actes de *disposition*, comment admettre que le père puisse les faire seul ? — Ce système, d'ail-

(30) Voir notamment, de Fréminville, Marcadé, Oudot, *loc. cit.* ; — voir aussi Massé et Vergé, (I, p. 406, n° 12) et Kéguelin de Rozières, *Administration légale*, p. 31, ainsi que les arrêts ci-dessus cités, note 29.

leurs, est en contradiction avec lui-même. Il commence par écarter toute idée d'analogie ou d'emprunt aux règles de la tutelle : il ne veut pas d'un conseil de famille, même temporaire, parce que c'est là un rouage de la tutelle. Puis, arrivant à la détermination des actes que le père peut ou ne peut pas faire, il admet précisément les distinctions établies dans la section VIII du titre X. Or il est évident que ces distinctions sont parfois inspirées par des considérations particulières à la tutelle. Il y a là une flagrante contradiction, qui n'est justifiée par rien. — Quant à l'autorisation du tribunal, sans avis préalable d'un conseil de famille, nous nous sommes déjà expliqués sur ce point (31).

En résumé ce 4^e système, bien que plus facile, est moins rationnel que le précédent, lequel nous avait paru lui-même beaucoup moins logique que le second, — tous partant d'ailleurs de cette idée primordiale, que *l'administration légale n'a absolument aucun rapport avec la tutelle*.

E — A côté de cette première série de systèmes, nous en rencontrons d'autres qui, avec des nuances diverses, font de l'administration légale une *tutelle mitigée*.

Une première opinion qui est celle de Merlin (32),

(31) MM. Massé et Vergé semblent vouloir faire précéder l'autorisation du tribunal d'un avis de parents, qu'ils écartent, au contraire, lorsque cet avis devrait *seul* être donné d'après les règles de la tutelle.

(32) Répertoire : v^o *Puissance paternelle*, sect. IV, n. 11 et 14, et v^o *Transaction*, § 1, n^o 7. — Questions de droit, v^o *Usufruit paternel*, § 1.

et qui semble adoptée par Valette, ainsi que par MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (33), part d'un principe, qui, au fond, ne manque pas de justesse : c'est que, si l'administration légale doit être distinguée de la tutelle, *la loi n'a pas voulu établir entre elles un antagonisme absolu*.— Mais ils en tirent cette conclusion exagérée, qu'il faut écarter toute application des règles du droit commun dans l'interprétation de l'art. 389 ; qu'il faut *poser en principe la tutelle*, sauf à se demander à chaque point de détail si le législateur a entendu s'en départir. La loi, dit-on, a repoussé une assimilation absolue des deux institutions ; mais elle a voulu, néanmoins, *consacrer en gros cette assimilation*. — On place ainsi entre les mains du père une véritable tutelle légitime, qui, sauf la subrogée-tutelle, l'hypothèque légale et la permanence d'un conseil de famille, est *en général* soumise à toutes les règles du titre X, et spécialement aux règles des sections VI, VII, VIII et IX de ce titre (33 bis).— En ce qui concerne la distinction des diverses espèces d'actes du père, les partisans de ce système admettent naturellement la classification des articles 457 et suivants du titre de la tutelle (34).

F — M. Demolombe (35) repousse une assimila-

(33) Valette, *sur Proudhon*, II, p. 283, a, et *Explication Sommaire*, p. 220, n° 5. — Ducaurroy, *Commentaire*, I, n° 589. — Sic Hédiard, *Thèse de doctorat*, Paris, 2 juil. 1878, et Delvincourt I, p. 404.

(33 bis) Sauf quelques divergences dans l'application de certains articles, notamment 451, 474, 475.

(34) M. Hédiard soutient pourtant que le père a les pouvoirs d'un tuteur pourvu de l'autorisation du conseil de famille. Cette opinion est en contradiction avec l'ensemble de son système.

(35) IV, n°s 417 et 446. — Dans le même sens ou à peu près,

tion aussi complète avec la tutelle, et il propose la distinction suivante. « Selon nous, dit-il, le principe commun des différences que l'on devra faire entre les deux institutions, résulte précisément de ce que l'un de ces pouvoirs n'est qu'une administration légale, tandis que l'autre est une tutelle proprement dite. Les dispositions qui gouvernent la tutelle, *considérée surtout comme tutelle*, ne sont donc pas applicables. Au contraire, les dispositions qui, bien que placées au titre de la Tutelle, n'ont rien de précisément spécial et exceptionnel, mais qui sont *plutôt des règles générales de droit commun*, dont la raison appelle l'application à toute administration semblable, ces dispositions devront être appliquées par voie d'*analogie*, et d'après l'intention présumée du législateur ».

En tant que M. Demolombe applique à l'administration légale les règles générales du droit commun, son opinion nous semble parfaitement juste ; mais il nous paraît s'écarter de la vérité, quand, au lieu de les appliquer comme telles, il le fait *par voie d'analogie*. De là une tendance exagérée chez lui, à se servir trop souvent de cet argument d'analogie ; ce qui l'entraîne à donner fréquemment des solutions conformes à celles de la tutelle, bien qu'en contradiction avec le droit commun des administrateurs. — Une *raisonnable analogie*, la *nécessité de protéger*

avec diverses nuances, Aubry et Rau, I, § 123 passim. — Demante, II, n° 137 bis, 3°. — Rolland de Villargues, *Répertoire*, v° Administration légale. — Taulier, II, p. 9. — Tribunal de Vitry, 30 juin 1861 (Sir. 63, 2, 121) ; Trib. de Marseille, 12 déc. 1864 (Sir. 65, 2, 216) ; Cassation, 2 mai 1865 (Sir. 65, 1, 206).

le mineur, tel est en définitive chez M. Demolombe* le double criterium ordinaire.

C'est ainsi, qu'à propos de la distinction des actes du père en diverses catégories, il admet purement et simplement la classification établie en matière de tutelle (35 *bis*); il ne songe même pas à se demander si cette classification n'a pas été amenée par des considérations spéciales à la tutelle, et s'il ne vaudrait pas mieux s'attacher à la nature des divers actes, pour faire rentrer les uns dans l'administration, les autres dans l'aliénation (sauf à appliquer à ceux-ci, comme il le fait lui-même, l'autorisation d'un conseil de famille accidentel et l'homologation du tribunal). — C'est ainsi encore que nous le verrons, après avoir combattu l'application en notre matière des règles de la section VII du titre de la Tutelle, admettre pourtant l'application de l'article 444, malgré son caractère évidemment exceptionnel. C'est l'intérêt de l'enfant qui le guide avant tout. Rien de plus légitime. Mais cet intérêt ne devrait pas lui faire oublier le principe qu'il a posé lui-même, en même temps que le texte de l'article 389. — Nous reviendrons, d'ailleurs, sur cette réfutation partielle des idées de M. Demolombe, en essayant de justifier le système suivant, que nous croyons devoir être adopté.

G — SYSTÈME ADOPTÉ. L'opinion que nous allons

(35 *bis*) Cette classification a au moins l'avantage d'éviter les discussions dans lesquelles nous devons entrer, lorsqu'il s'agira de dire si tel acte est ou non un acte d'administration. Mais elle nous semble, dans l'espèce, contraire au texte de l'article 389.

développer est une sorte de combinaison des deux types de systèmes que nous venons de parcourir : 1^o elle emprunte à M. Laurent son principe d'*application des règles du droit commun*, en ce qui concerne l'*administration* elle-même, et la *classification des actes* qui rentrent ou ne rentrent pas dans les pouvoirs du père administrateur ; 2^o elle admet, avec M. Demolombe, l'*existence d'un conseil de famille intermittent*, chargé d'autoriser les actes de *disposition*, avec ou sans *homologation* du Tribunal. — C'est le seul système qui nous paraisse conforme à la fois à la tradition, à l'intention du législateur, enfin aux textes soit de l'article 389, soit de divers articles des Codes civil et de procédure, relatifs à certains actes de disposition.

Il est un premier point qui résulte d'une façon indiscutable des travaux préparatoires, c'est que l'on a voulu, avant tout, s'en référer à la tradition des pays coutumiers. Cela ressort, non seulement des observations générales relatives à la puissance paternelle (36), mais encore des observations spéciales du Tribunal lorsqu'il a proposé l'art. 389 (37), enfin des discours de Huguet, de Leroy, et de la remarque de Locré (38). — Il importe donc avant tout de rechercher quelle était cette tradition, et c'est à l'aide de ces notions, une fois acquises, qu'il faudra interpréter certaines expressions ambiguës du Tribunal. Nous disons, d'ailleurs, qu'*en général* le législateur a voulu s'en référer aux coutumes. Mais, s'il appa-

(36) Voir ci-dessus, p. 207 et suiv., *Travaux préparatoires*.

(37) Id., p. 212: « Jamais jusqu'à ce jour... ». « Cela répugnerait à tous les principes reçus »

(38) Id., p. 215.

raissait clairement qu'il ait entendu s'en écarter à certains points de vue, il faudrait évidemment s'incliner (39).

En présence du silence presque universel des coutumes, des auteurs et des recueils d'arrêts de l'ancien droit, il est impossible aujourd'hui de déterminer d'une façon complète les règles de la « légitime administration » (40). Toutefois, il nous a semblé que deux principes au moins paraissent se dégager de cette obscurité : 1^o la gestion du père n'est pas une tutelle ; *ce n'est qu'une administration générale*, avec des pouvoirs très étendus ; 2^o cette administration ne va pas jusqu'à l'*aliénation*. Pour les actes de cette dernière espèce on exige que le père remplisse les *formalités de la tutelle*. — En vertu de ces deux principes, on peut dire que, dans l'ancien droit, le père n'était pas sous la *surveillance* d'un subrogé-tuteur, quoiqu'il y eût fréquemment lieu à la nomination d'un curateur *ad hoc* (41) ; qu'il n'était pas sous la *dépendance* d'un conseil de famille, bien qu'il fût, pour certains actes, tenu de demander un supplément de pouvoirs à un conseil *ad hoc*.

Voilà l'ancien droit :

Qu'a fait le Tribunalat ? — Voyons d'abord les règles de l'administration et la détermination des actes qui

(39) Nous faisons ici particulièrement allusion à la clause de non administration, dont il est traité au paragraphe suivant. — Même observation, si l'application des règles de l'ancien droit était contraire à certains principes de notre droit public moderne (Question de l'intervention du tribunal pour destituer le père).

(40) Voir pour les détails : *Droit ancien*, chap. III, § 2.

(41) Voir *eod. loc.*, p. 192.

en font ou non partie. — Nous verrons en second lieu les règles des actes de disposition.

1^o/ *Administration*. — Le Tribunal commence par déclarer que « la gestion du père pendant le mariage n'est pas soumise aux conditions et charges imposées au tuteur »; que « jusqu'à la dissolution du mariage son vrai titre est celui d'administrateur ». — C'était déjà admettre, comme dans l'ancien droit, le principe d'une *administration soumise aux règles du droit commun*, sans application par analogie, des règles de la tutelle. — Le Tribunal propose alors un texte, dont les deux premiers paragraphes, qui seuls ont passé dans le Code, confirment cette idée: le père est administrateur (389, § 1); le père est comptable (§ 2). — Etant donné ce texte seul, on peut déjà très bien raisonner comme le fait Laurent (n^o 313) : le père administre le patrimoine d'autrui ; donc il a les droits et les devoirs de tout administrateur. Celui qui administre ne peut faire que les actes d'administration ; il ne peut pas faire les actes de disposition. Il en sera de même du père ; et comme on ne peut argumenter par analogie de la tutelle, la distinction des actes se fera uniquement d'après leur nature.

Mais *il y a plus*. — Après avoir parlé de l'administration dans les deux premiers paragraphes, le Tribunal abordait, dans le troisième, les *actes de disposition* et il en fixait les règles. Que ce troisième paragraphe ait été supprimé ensuite, peu nous importe à ce premier point de vue. Ce que nous constatons seulement dès à présent, c'est que le Tribunal a voulu poser ici nettement la distinction de droit commun, entre les actes qu'un mandataire

général peut faire seul, et ceux pour lesquels il lui faut un supplément de pouvoir, un mandat spécial. Le § 3 parlait de *tout ce qui intéresse la propriété*, de même que l'article 1988 oppose les *actes de propriété* aux actes d'administration. — Notons que ce dernier article a été lui-même ainsi rédigé sur la demande du Tribunal (42). — Les actes de propriété, les actes qui intéressent la propriété, ce sont en d'autres termes les actes d'aliénation ou de disposition. Comment en effet définit-on les actes de disposition, sinon en disant, que ce sont ceux qui touchent à l'intégralité du bien, à la propriété même, qui, au lieu de se borner à conserver, administrer et faire fructifier le patrimoine, entraînent une aliénation totale ou partielle de la *propriété*? Aux yeux du Tribunal, « Tout ce qui intéresse la propriété », c'est tout ce qui dépasse l'administration. L'intention est claire, et la distinction doit être maintenue, quels que soient d'ailleurs les motifs de la suppression du paragraphe 3 (43), et quelle que soit la solution qu'on admette sur les règles à appliquer à ces actes de disposition.

Donc : (a) nous n'admettrons pas le simple argument d'analogie avec la tutelle, alors même qu'il y aurait identité de motifs.

(42) Locré, XV, p. 227.

(43) Si, comme on le prétend, le paragraphe a été supprimé parce qu'il semblait trop assimiler l'administration légale à la tutelle, on ne peut *évidemment* pas conclure de cette suppression, qu'il faut écarter le droit commun et argumenter par analogie de la tutelle. — Si le paragraphe a été supprimé à raison de sa rédaction dangereuse ou inutile, la distinction générale du Tribunal reste la même.

(b) Nous n'admettrons même pas l'argument a fortiori, du moins lorsqu'il s'agira de *restreindre* les pouvoirs du père.

(c) Enfin, nous écarterons la classification des divers actes, admise en matière de tutelle. Il est certain, en effet, qu'elle a été parfois inspirée par des motifs spéciaux à la tutelle, et que l'on a refusé au tuteur la possibilité de faire seul certains actes, qui rentrent réellement dans les pouvoirs ordinaires d'un administrateur. C'est ainsi, par exemple, que l'acceptation d'une donation n'est évidemment pas un acte de disposition. — Nous serons donc obligés de faire l'énumération et la classification, souvent fort délicate dans la pratique, des actes d'administration et des actes de disposition (44).

On peut néanmoins, dès à présent, poser ce principe, que le père fera au moins tout ce que peut faire le tuteur. Il y a là un argument a fortiori indiscutable, puisque la gestion du père est plus favorable que celle du tuteur (45). — La difficulté s'élèvera donc seulement pour certains actes excédant les pouvoirs du tuteur. — Nous verrons, d'ailleurs, qu'en dehors même des principes du droit commun, la loi s'est formellement expliquée pour quelques-uns de ces actes, dans des textes applicables à

(44) Voir ci-dessous, Chap. III.

(45) Et cet argument a fortiori n'est pas en contradiction avec le principe posé ci-dessus (b) ; il ne s'agit pas ici d'une *restriction*, mais d'une *extension* de pouvoirs. — Mais nous n'admettrons pas l'a fortiori même favorable au père, lorsqu'il s'agira de le décharger d'une responsabilité de droit commun (474-475) ; ces deux articles s'expliquent par les inconvénients particuliers à la tutelle. Voir ci-dessous, Chapitre IV, § 1.

tout mineur, qu'il soit sous tutelle ou sous puissance (45 bis).

2°/ *Règles des actes de disposition*. — Etant donné qu'un acte excède les pouvoirs du père d'après les règles précédentes, comment celui-ci pourra-t-il l'accomplir, si cet acte est nécessaire ou évidemment utile ?

Malgré les *différences* que nous venons de signaler entre l'administration légale et la tutelle, il ne faut pas croire que, dans l'esprit des législateurs, il y eût entre les deux institutions un véritable antagonisme. Ils voyaient en somme ce qu'ils avaient sous les yeux, l'usage des pays de droit coutumier, auquel ils voulaient se rattacher : or la tradition était que tout acte de disposition fût accompli selon les formalités de la tutelle : ce qui en réalité donnait aux deux institutions une *certaine ressemblance*. — De là, sans doute, les paroles un peu vagues de Cambacérès, « *Le père père et le père tuteur ne sont pas la même chose* » ; et de Tronchet, « *Il y a quelque différence dans l'état du père, suivant que la mère est morte ou vivante* » (46). On se dispense de créer aucun texte (47), au titre de la puissance paternelle, relativement à l'administration légale. On s'en réfère à l'usage, à la tradition ; il n'y a, dit Cambacérès, *aucune difficulté*. C'est donc que l'on admet à ce

(45 bis) Il s'agit de l'acceptation des successions (art. 776), et du partage (art. 817). Or précisément, sans ces textes, ces deux actes eussent pu rentrer par leur nature dans l'*administration*. L'intérêt de notre distinction est dès lors singulièrement diminué.

(46) Travaux préparatoires, ci-dessus, p. 211.

(47) Ou plutôt on ne rétablit pas le texte modifié du projet (voir ci-dessus, p. 209).

moment, au Conseil d'Etat, l'emploi par le père des formalités de la tutelle pour les actes de disposition.

Surviennt les observations du Tribunal.— Cette ressemblance par un certain côté, entre les deux institutions, le frappe également, et il tient à faire constater les divergences.— « Le père, dit-il, *n'est pas sous la dépendance* d'un conseil de famille ». Il constate l'usage et veut le maintenir. — Il propose alors une rédaction, devant *énoncer en termes précis*, la qualité et les pouvoirs du père, *d'après les principes constamment reçus*: le père administrera librement (§ 1); mais, pour les actes de disposition, il recourra aux formalités de la tutelle (48) (§ 3). — Sera-t-il pour cela *sous la dépendance* d'un conseil de famille ? Assurément non. Aux yeux du Tribunal, il n'y a pas contradiction entre ces deux idées. On peut très bien être tenu de s'adresser à quelqu'un pour avoir son avis, sans pourtant être sous la dépendance de ce quelqu'un. Le conseil n'étant pas, dans ce cas, un surveillant permanent, mais un conseil ad hoc, il ne porte pas atteinte à l'autorité du père.— D'ailleurs, les formalités, imposées au tuteur pour la passation de certains actes, sont bien moins des précautions de défiance prises contre sa personne, que des mesures destinées à garantir le patrimoine du mineur contre les dangers que présentent, par eux-mêmes et dans leurs suites ordinaires, tels ou tels actes juridiques. — On a pleine confiance dans le père, mais il faut bien que dans certains cas dangereux il recoure à une autorisation ; ce n'est pas à dire qu'en dehors de ces cas spéciaux, celui qui l'autorisera ait sur lui aucun droit de surveillance.

(48) Nous venons de voir (p. 261) que tel est le sens du § 3.

Le pouvoir exécutif, pour aliéner les immeubles de l'Etat, doit au préalable obtenir le consentement du pouvoir législatif. Dira-t-on pour cela que le premier est *sous la dépendance* du second? Non, car l'indépendance des pouvoirs, dans leur sphère d'activité respective (49), forme la base de notre système constitutionnel. — De même, dans l'esprit du Tribunal, l'indépendance du père devait subsister, malgré l'adoption du § 3 qui comportait l'intervention d'un conseil de famille. Comment croire, en effet, qu'il eût proposé une mesure en contradiction avec sa pensée? Il est vrai que la rédaction n'est pas aussi précise qu'on pourrait le désirer. — Quoiqu'il en soit, si l'on n'eût pas supprimé le § 3, nous n'aurions pas d'hésitation à l'interpréter dans le sens du maintien de la tradition, dont on déclarait hautement ne pas vouloir s'écarter.

Mais ce paragraphe a été supprimé; et les procès-verbaux ne nous en donnent pas le motif. Nos adversaires en concluent qu'on a voulu écarter la proposition du Tribunal. — En général, lorsque l'on supprimait au Conseil d'Etat quelque chose pour modifier l'*esprit* du texte, il y avait quelques motifs et observations à l'appui. Les modifications qui n'ont pas laissé de traces sont presque toujours des rectifications de *style*, des coupures destinées à dégager le texte des inutilités et des redites. — Si le Conseil d'Etat avait voulu ne pas maintenir la tradition consacrée par le texte du Tribunal, et établir autre chose à la place, il est vraisemblable qu'il l'aurait dit. Comment? Le législateur aurait admis un

(49) Cette analogie qui pouvait paraître juste à M. Auhry en 1844, ne serait plus aujourd'hui d'une complète exactitude. (Voir, *Revue de Droit Français et étranger*, 1845, p. 670).

système nouveau, l'aliénabilité absolue, ou l'inaliénabilité, ou encore la simple autorisation du tribunal, et il n'aurait rien dit ! Il se serait contenté de rayer le paragraphe qui maintenait la tradition ! — Et ce sont ces mêmes conseillers d'Etat, qui quelques jours auparavant déclaraient « qu'il y a bien *quelque différence* entre la tutelle et l'administration légale », ce sont les mêmes qui, changeant subitement d'avis, seraient venus, par la simple radiation d'un paragraphe, établir entre ces deux institutions une *différence complète* ! — Bien plus, le rapporteur du Tribunat (M. Huguet), viendrait dire quelques jours après à cette Assemblée, que l'on a maintenu la tradition ! Et l'orateur du gouvernement lui-même, (M. Leroy), ferait la même déclaration au Corps législatif ! — Avouons que jamais on n'aurait vu une aussi importante réforme plus énigmatiquement dissimulée.

Quel est donc le motif de cette suppression ? — C'est sans doute la défectuosité de rédaction du paragraphe : « *Tout ce qui concerne la propriété des biens sera réglé par la section VIII* ». — D'abord les mots « Tout ce qui concerne la propriété », qui pour le Tribunat étaient clairs, pouvaient ne pas l'être pour tout le monde. — Puis, le « renvoi à la section VIII » pouvait être dangereux. N'avait-on pas l'air d'établir une assimilation trop absolue avec la tutelle, surtout après l'avoir écartée dans le premier paragraphe. La section VIII comprend toutes les règles de l'administration du tuteur. N'y avait-il pas à craindre, que, par ce renvoi, on fût conduit à une application *générale* des règles de cette section, c'est-à-dire à une interprétation absolument opposée aux vues manifestées

soit par le Tribunat, soit par le Conseil d'Etat lui-même ? — Le paragraphe 3 était donc *dangereux*. — Etait-il *inutile*, comme le prétend M. Aubry, en ce sens que, restreint aux actes de disposition, il énonçait une idée qui résultait déjà suffisamment du paragraphe 1 ? Nous ne le croyons pas. De ce que l'on écartait les règles de la tutelle pour les actes d'administration, il ne résultait pas formellement qu'on les admit pour ceux de disposition. Le droit commun n'est pas la tutelle, et l'argument a contrario ne vaut que lorsqu'il ramène au droit commun. — Aussi, et bien que l'on eût déclaré s'en rapporter à la tradition, il eût été utile de modifier le paragraphe 3, au lieu de le supprimer. On ne l'a pas fait. C'est un oubli, une négligence regrettable. Mais il ne faut pas en tirer des conclusions qui n'étaient pas dans l'intention du législateur.

On insiste, et l'on fait encore l'objection (50) suivante. — Comment concevoir, dit-on, la distinction entre un conseil de famille *permanent*, et un conseil de famille *temporaire* ? Jamais le conseil de famille tutélaire n'est permanent. Il n'est convoqué que pour chaque affaire qui nécessite sa délibération. Il y aura donc identité entre ces deux conseils, et dès lors même *dépendance* du père.

La question de l'immutabilité du domicile de la tutelle et de la permanence du conseil, est une des plus discutées aujourd'hui dans la doctrine et la jurisprudence. Sans entrer dans cette discussion générale, nous remarquerons que les travaux préparatoires (51) semblent bien admettre l'idée de

(50) Kéguelin de Rozière, *loc. cit.*

(51) Locré, sur l'art. 439. — Sic Demolombe, VII, 278.

permanence. Si, dans l'intérêt du pupille, la jurisprudence n'exige pas toujours ici à peine de nullité l'application stricte des règles du Code, au moins reconnaît-elle à certains points de vue le principe de l'immutabilité (52). — Du jour de l'ouverture de la tutelle, le conseil tutélaire est *constitué*, pour procéder à diverses nominations (art. 393, 406, 421), pour ordonner certaines ventes (art. 452), et organiser la marche générale de la tutelle (art. 451-456). Plus tard, et en dehors des autorisations qu'il donne, il *surveille constamment* le tuteur, soit par lui-même en la personne de chacun de ses membres, soit par l'intermédiaire du subrogé-tuteur qu'il a nommé à cet effet. Il peut révoquer ce surveillant, de même qu'il peut destituer le tuteur, et se faire rendre certains comptes, grâce à la menace de cette destitution (en dehors même de l'art. 470). Il peut, suivant les cas, être convoqué sur la demande des parents du mineur, du subrogé-tuteur, ou même d'office. Et, dans toutes ces hypothèses, c'est toujours sous la présidence du juge de paix du *lieu de l'ouverture*, que l'assemblée doit être réunie. *Il y a bien là quelque chose de permanent.*

Sans doute, si certains parents ont quitté ce domicile de l'ouverture, si d'autres se sont rapprochés, il y aura des modifications de personnes. Mais, en principe, une fois composé, le conseil tutélaire demeure le même tant que le juge de paix n'y apporte pas de modification ; il est impossible d'admettre, qu'une fois la séance levée, il n'y ait plus rien, et que tous les éléments qui le composent soient complètement désassemblés et détruits. — Sans

(52) Cassation, 2 mars 1869 (Dall. 69, 1, 199).

doute encore, si le tuteur a changé de domicile, la jurisprudence admet que, pour un *acte isolé* d'administration, on *puisse* convoquer un conseil ailleurs qu'au lieu de l'ouverture. Mais encore reconnaît-elle que c'est une irrégularité, et elle ne l'admet que dans l'intérêt de l'enfant, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'annulation par les Tribunaux, s'il y a eu préjudice (53). — Il y a donc, quoiqu'on en dise, quelque chose de *permanent* dans le conseil tutélaire.

S'il s'agit au contraire *du père*, il n'y a pas en général de convocation forcée d'un conseil au début de l'administration légale. Si, en fait, on en a convoqué un, parce que l'acte, en vertu duquel le fils de famille a acquis les premiers éléments de sa fortune, excédait les pouvoirs d'administration du père (54), ce conseil ne fera que donner son autorisation; il n'aura pas à organiser une administration qui marche d'elle-même. — Nous verrons, en outre, qu'il ne peut pas être question de modifier plus tard cette gestion, ou de destituer le père en conseil de famille (55); dès lors, le *lieu de l'ouverture* sera sans importance, et, si le père change de domicile,

(53) Voir en sens divers : Douai, 4 mars 1859 (Sir. 59.2. 346); Bordeaux, 9 juin 1863 (Sir. 64. 2. 9); Nancy, 28 juillet 1865 (Sir. 66. 2. 127); Metz, 7 mars 1868 (Sir. 68, 2.274). Enfin les arrêts de Cassation des 4 mai 1873 et 13 nov. 1874. — La tutelle a un siège permanent : c'est le *lieu de l'ouverture*. C'est là qu'a lieu la reddition de compte judiciaire (Art. 527 du Code de procéd.). Pour le père, au contraire, l'action doit être intentée devant le tribunal de *son domicile*.

(54) Par exemple, s'il s'agit d'une succession ou d'un legs universel. Il n'en serait pas de même d'un legs particulier ou d'une donation.

(55) Voir ci dessous, Chap. V, in fine.

il ne pourra jamais être question d'y revenir. — Pendant tout le cours de l'administration, point de surveillance d'un subrogé-tuteur, *agent du conseil* ; point de contrôle exercé proprio motu, directement ou indirectement ; pas de convocation à la requête d'un autre que le père (56). — Si, pour tel acte isolé, celui-ci a besoin d'un supplément de pouvoir, il convoquera une assemblée *ad hoc*, partout où il sera domicilié, sans que son changement de domicile constitue une irrégularité (57). Le plus souvent même, il pourra se soustraire à cette mesure, en se renfermant dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. *Il ne sera donc en aucune façon*, en ce qui concerne l'administration proprement dite, *sous la dépendance d'un conseil de famille*. — Il y a, dans ses convocations essentiellement intermittentes, quelque chose de profondément distinct de ce qui se passe en matière de tutelle.

Etant dès lors données ces différences, pourquoi nos adversaires hésitent-ils à admettre ce *conseil de famille ad hoc*, alors qu'ils acceptent sans hésitation la nomination en certains cas d'une sorte de *subrogé-tuteur ad hoc*, (quel que soit d'ailleurs le nom qu'on lui donne). Les raisons de douter, qu'on prétend tirer des observations du Tribunat, devraient dans les deux cas être les mêmes (58).

(56) Quid pourtant, si, à raison de la contrariété de ses intérêts avec ceux de son fils dans une *succession*, le père négligeait la convocation du conseil, afin de la recueillir seul. (Voir ci-dessous, Chap. III, § 3.)

(57) A moins évidemment qu'il n'y ait dol. — Mais le préjudice ne suffira pas.

(58) En dehors de la tutelle des mineurs ou des interdits, la loi admet en certains cas des avis du conseil de famille (art. 494, 514, 2144 du Code civil ; art. 856, 892 du Code de Proc. civ.)

L'intention du législateur d'exiger du père, pour les actes de disposition, les formalités de la tutelle, se trouve encore confirmée par *quelques textes généraux*, épars dans nos Codes, et que nous allons parcourir successivement. — Nous ne voulons pas dire que, toutes les fois qu'un texte s'occupant d'un acte de disposition parle des *mineurs* en général sans mentionner le tuteur, ce texte soit de plein droit applicable à l'enfant sous puissance. Ce serait méconnaître les déclarations mêmes de MM. Tronchet et Regnault de Saint-Angely lors de la discussion de notre titre (59). — Mais si, en parcourant les travaux préparatoires de certains articles, nous voyons que c'est *l'incapable en général, l'individu non majeur*, que l'on a voulu protéger, on sera bien obligé d'admettre que ces dispositions sont applicables au mineur sous puissance. — Or, précisément, ces articles exigent *l'autorisation du conseil de famille*, avec ou sans homologation du tribunal. C'est donc que le législateur considérerait ces formalités comme applicables en matière d'administration légale.

1° *L'article 776, p. 2*, porte que les successions échues aux *mineurs* ne peuvent être acceptées que conformément aux dispositions du Titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ; ce qui implique l'au-

(59) Voir Travaux préparatoires, ci-dessus, p. 211. — Il est évident, en effet, que de pareils textes visent en principe le *mineur en tutelle* ; c'est le quod plerumque fit. — Mais réciproquement, lorsque le législateur déclarera vouloir établir une mesure commune à *tout non majeur*, il faudra l'appliquer ici, alors même qu'il prendrait ensuite, comme exemple, le mineur en tutelle.

torisation du conseil de famille (art. 461). — Or, le projet primitif (60) portait que « *tous ceux qui ne sont pas capables de s'obliger* ne peuvent valablement accepter ». On a modifié la rédaction, et on a préféré renvoyer purement et simplement aux titres spéciaux aux mineurs, interdits et femmes. Mais l'intention de protéger *tous les incapables* n'a pas été modifiée ; l'article s'applique donc au mineur sous puissance (61). — Donc il y a un conseil de famille pendant l'administration légale (62).

2°/ *Les articles 817 et 840*, parlant du partage, exigent pour le *tuteur* l'autorisation du conseil de famille, en outre de l'accomplissement des formes prescrites par les art. 819 à 838. — Il semble d'abord qu'il ne s'agisse que du mineur en tutelle (art. 466). — Mais si l'on consulte les travaux préparatoires (63), on constate, qu'en toute cette matière, on a voulu opposer les *mineurs en général*, aux majeurs qui sont libres de partager à leur guise. « La minorité, dit Treillard, la *puissance paternelle* ou maritale, ne doivent point paralyser le principe général de l'art. 815, et n'obli-

(60) Locré X, p. 102 et 162.

(61) Cette solution place donc l'acceptation parmi les actes de disposition (voir, ci-dessous, Chap. III, § 2). Sans cet argument tiré des travaux préparatoires de l'art. 776, on eût très bien pu soutenir avec Laurent (n° 312), que l'acceptation est un acte d'administration.

(62) L'art. 776 s'applique au mineur émancipé pendant le mariage de ses père et mère. Ne peut-on pas remarquer à ce propos, que *cet émancipé a un conseil de famille*, aussi bien que le mineur en tutelle, et l'orphelin émancipé ? Et pourtant il a presque toujours pour curateur son père, en qui la loi doit avoir pleine confiance. Ne serait-il pas inélégant d'admettre que, seul, le mineur sous puissance n'aurait pas de conseil ?

(63) Locré, X, p. 45; XI, p. 301.

gent qu'à prendre des mesures plus sévères ». « La minorité, ajoute Siméon, l'assujettissement à la *puissance paternelle* ou maritale, ne font pas obstacle au partage. Ces circonstances exigent seulement des formalités et précautions que le Code prescrit, et qui ne sont pas nécessaires quand tous les cohéritiers sont majeurs. » — Qu'est-ce à dire, sinon que les formalités imposées au mineur en tutelle sont applicables au mineur sous puissance, et la première de toutes ces formalités, n'est-ce pas l'autorisation du conseil de famille (64) ?

3^o/ Enfin, les art. 954 et 955 de l'ancien Code de procédure révisé en 1841 (64 bis), disent que la vente des immeubles *des mineurs* ne pourra être ordonnée que d'après un avis de parents, homologué par le tribunal. — Il s'agit là d'une mesure établie dans l'intérêt de tous les mineurs. Le texte, en effet, oppose les *mineurs* aux *majeurs*, et il résulte de l'exposé des motifs de Siméon (65), que l'application des règles, ainsi établies dans l'intérêt de la conservation du patrimoine immobilier des mineurs, doit être complètement indépendante de la position particulière dans laquelle ces derniers se trouvent placés. On a voulu, sur ce point encore, s'en référer à l'ancien droit : « La vente des immeubles, dit Siméon, doit toujours être faite publiquement et aux enchères. Le Code civil avait tracé *ce principe de tous les temps*. On a organisé ici la manière de s'y conformer. » — Or nous avons vu que dans l'ancien

(64) Mêmes observations qu'à la note 61.

(64 bis) Les articles 953 et 954 du Code actuel, qui correspondent à 954 et 955 de l'ancien, bien qu'un peu différents de rédaction, ont le même sens.

(65) Locré, XXIII, p. 346.

droit les mêmes formalités étaient applicables au mineur sous puissance comme au mineur en tutelle ; et la première de ces formalités c'était l'autorisation du conseil de famille suivie de l'homologation du tribunal. (66). — Si, dans son art. 962, le Code de Procédure parle du subrogé-tuteur, c'est que, passant du principe à l'application la plus commune, il statue (de eo quod plerumque fit). — Il y aura donc encore ici une autorisation de conseil.

Nous pouvons donc conclure sans hésitation, que le système que nous avons adopté est seul conforme à la tradition, à l'intention des rédacteurs, en même temps qu'aux textes du Code.

§ 5. — L'ADMINISTRATION LÉGALE EST D'ORDRE PUBLIC.

L'administration légale est un attribut du père pendant le mariage. Elle tient à la fois à la puissance paternelle et au mariage, deux institutions qui sont essentiellement d'ordre public ; elle doit donc avoir le même caractère. Si la loi donne l'administration au père, c'est parce qu'il exerce la puissance paternelle ; si elle n'exige pas de garanties rigoureuses, c'est qu'elle pense trouver dans le mariage une protection suffisante. Il semble bien qu'à ce double titre l'administration légale soit d'ordre public, et que dès lors, on ne puisse y déroger par des conventions ou renonciations, ni par des clauses

Dans son rapport du 9 juin 1840, M. Pascalis parle « des mineurs (en tutelle), et des autres personnes que la loi rend incapables. »

quelconques insérées dans une donation ou dans un legs (art. 6 et 900 du Code civil).

Il est peu de questions, néanmoins, qui aient soulevé plus de controverses dans la doctrine et la jurisprudence. — La forme ordinaire sous laquelle la difficulté se présente est la suivante : un testateur insère dans un legs fait à l'enfant sous puissance une clause, par laquelle il déclare que le père n'aura pas l'administration des biens légués. — Cette clause est-elle toujours nulle ? Est-elle toujours valable ? Peut-elle, suivant les cas, être annulée ou validée ? Tels sont les trois systèmes qui devaient surgir naturellement de la question posée. — L'article 387 autorise les libéralités faites aux enfants sous puissance, avec insertion de la clause de *non usufruit* du père. Mais la loi ne parle pas de la clause de *non administration*. Quelles conclusions faut-il tirer de ce silence ? La question était déjà discutée dans l'ancien droit. Quel est le système du Code ?

1. — Les partisans de la nullité ont pour point de départ l'argumentation suivante : La puissance paternelle est d'ordre public. Or l'administration légale est un des attributs de la puissance paternelle. Donc elle est d'ordre public, et toute clause qui y porte atteinte doit être réputée non écrite (67). — D'ailleurs,

(67) Sic : Merlin, *Répertoire*, v^o *Puissance paternelle*, sect. 5. — Delaporte, *Pandectes Françaises*, sur l'article 387. — Toulhier, II, n^o 1068, et V, n^o 268. — Marcadé, sur l'article 389, n^o 6. — Demante, II, n^o 133 *bis*. — Oudot, du *Droit de famille*, p. 188. — Dalloz, v^o *Dispositions entre vifs*, n^o 122. — Enfin Laurent, IV, n^o 290 et suivants. — En ce sens, Besançon, 15 nov. 1807 (Sir. 1807 2, 97) ; Caen, 11 août 1825 (Sir. 1826, 2, 33) ; Rouen, 29 mai 1845 (Sir. 45, 2, 379). — Et la *jurisprudence belge la plus*

l'administration légale est moins un *droit* qu'un *devoir* ; si le père peut être privé d'un droit, d'une faveur, on ne conçoit pas qu'il puisse être privé d'un devoir.

2. — Que répondent à cet argumentation les partisans de la validité ? — Il ne faut pas confondre, disent-ils, les attributs *essentiels*, et les attributs simplement *naturels* de la puissance paternelle. Les premiers sont d'ordre public ; mais on peut déroger aux seconds par des conventions particulières.

Le gouvernement de la personne et la garde des enfants sont des attributs *essentiels*, qui ne peuvent pas être enlevés au père par la volonté de l'homme. Mais les droits d'administration et d'usufruit légal, les droits sur les biens, ne sont que des dépendances *naturelles* de cette puissance ; ils peuvent en être détachés sans altérer son essence et sans affaiblir son empire.

Et voici les raisons invoquées à l'appui. — Qu'a voulu, dit-on, le Code en consacrant la puissance paternelle ? Il a voulu mettre l'ordre dans la famille, en y établissant une autorité. C'est là ce qui est essentiel à la puissance paternelle : l'*autorité* et tous les *éléments* qui la constituent. Quant à ce qui n'en est qu'une conséquence, c'est un attribut naturel. — Pour savoir si tel ou tel attribut est essentiel, il faut donc se demander si l'autorité paternelle serait violée ou entamée, en enlevant au père tel ou tel droit. Si l'autorité demeure intacte, l'attribut n'est pas une partie intégrante de la puissance ; il n'est que

récente, Bruxelles, 28 nov. 1878 (Pasicrisie, 79, 2, 353) ; Liège, 18 mai 1881 (Pasicr., 81, 2, 335) ; Cassation Belge, 6 nov. 1879, (Pasic. 79, 1, 400).

naturel ; on peut y porter atteinte. — Immédiatement il apparaît, que le droit de correction, que les droits d'éducation et de garde des enfants sont des attributs essentiels ; — que le droit d'usufruit légal est simplement naturel ; car la loi aurait fort bien pu ne pas l'attribuer au père, et il lui était refusé par la plupart de nos anciennes coutumes.

Quid du droit d'administration ? — Il n'est pas essentiel, dit-on ; ce n'est pas un élément constitutif de l'autorité du père. La puissance paternelle n'est pas violée par sa suppression. Il peut en être séparé sans que l'autorité du père cesse de subsister intacte. — L'article 390 le prouve. A la dissolution du mariage, le père ne peut réclamer l'administration que comme tuteur, et non en vertu de la puissance paternelle. Bien plus, il perd la première tout en conservant la seconde, lorsqu'il est exclu ou destitué de la tutelle (art. 444). C'est donc que l'administration n'est pas nécessairement liée à la puissance. — L'article 1388 vient à l'appui de cette manière de voir. Il indique quels sont les droits résultant soit de la puissance paternelle, soit de la puissance maritale, auxquels il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières : « les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale, *sur la personne de la femme et des enfants* ». Ces derniers mots établissent une distinction profonde, entre les *droits sur la personne*, et les *droits sur les biens* ; en se bornant à défendre de déroger aux règles de l'autorité sur la personne, cet article permet implicitement les modifications qui ne sont relatives qu'à l'administration du patrimoine. — Il y a plus. Les modifications de ce genre sont formellement autorisées par les articles 1536 et 1576, en ce qui concerne la

femme. Ces articles lui permettent de stipuler, qu'elle administrera elle-même tout ou partie de ses biens. Si l'administration des biens de la femme peut être enlevée au mari, pourquoi ne pourrait-on pas lui enlever aussi l'administration des biens des enfants (68) ?

La distinction ainsi proposée, entre les attributs essentiels et les attributs naturels, est très ingénieuse; elle peut même être assez rationnelle. Mais, est-elle juridique ? C'est ce qui est fort douteux. — Il ne faut pas confondre la mission de l'interprète et celle du législateur. Il est certain que la loi permet expressément, en certains cas, de déroger à des principes d'ordre public; et elle le fait précisément parfois en ce qui concerne l'administration des biens: c'est ainsi que, malgré l'incapacité de la femme, qui est d'ordre public, la loi (art. 223, 1536 et 1576) permet de déroger à l'article 217. Mais, est-ce que ces dérogations à l'incapacité de la femme auraient été permises en l'absence d'un texte ? Non, assurément. Vainement aurait-on dit, qu'il n'est pas de l'essence de la puissance maritale que la femme soit inca-

(68) Sic : Duranton, III, n° 375. — Proudhon, *Usufruit*, I, n° 240. — Duvergier, sur Toullier, I, n° 1068; Chardon, *Puissance paternelle*, n° 135. — Aubry, *Revue de Droit fr. et étr.* 1844, p. 685. — Séligman, *Revue critique*, 1875, p. 699. — Aubry et Rau, I, § 123, note 15. — Demolombe, VI, n° 458. — Nîmes, 20 déc. 1837; Caen, 20 nov. 1840 et consultation de Demolombe (Sir. 41, 2, 78). — Orléans, 31 janvier 1854 (Sir. 54, 2, 447). — Paris, 5 déc. 1854 (Sir. 54, 2, 714). — Dijon, 23 août 1855 (Sir. 55, 2, 675). — Cassation, 26 mai 1856 (Sir. 56, 2, 682). — Besançon, 4 juillet 1864 (Sir. 65, 2, 69). — Orléans, 5 février 1870 (Sir. 70, 2, 257). — Cassation, 9 janvier 1872 (Sir. 72, 1, 107). — Cassation, 3 juin 1872, (Sir. 72, 1, 273).

pable de faire aucun acte d'administration sans autorisation de son mari, qu'il suffit de respecter le principe d'autorité, que l'administration des biens de la femme par le mari n'est pas une partie intégrante de cette autorité, etc..... On aurait répondu que cela est très vrai peut-être, mais que, l'incapacité de la femme étant d'ordre public, le législateur seul peut y déroger, ou permettre que l'on y déroge dans certaines limites qu'il fixe lui-même. — De même ici, nous dirons : sans doute on concevrait une dérogation à l'administration légale, bien que par la puissance paternelle elle se rattache à l'ordre public. Mais c'est la loi qui aurait dû faire cette dérogation. C'est faire la loi que de l'admettre, soit absolument, soit avec certaines restrictions ou conditions arbitrairement déterminées.

L'article 1388, que l'on invoque, ne prouve rien. Il a trait à une matière toute spéciale, à la matière du *Contrat de mariage* et des *Droits respectifs* des époux. Il s'agit des droits des époux l'un vis-à-vis de l'autre, et non pas des droits qu'ils ont sur leurs enfants. Le paragraphe que l'on cite ne parle même pas de la puissance paternelle; il ne parle que de la puissance maritale sur la personne de la femme... *et des enfants*. — Cela est vrai. — Mais peut-on de ce mot unique, inséré dans un article qui a trait à un sujet tout spécial, conclure, en raisonnant par *a contrario*, que le droit d'administration légale n'est qu'un attribut naturel de la puissance paternelle? — Aussi sent-on le besoin de renforcer l'article 1388 par les articles 1536 et 1576. Mais nous venons de voir que ces articles prouvent précisément la nécessité d'un texte, lequel dans l'hypothèse n'existe pas. — D'ailleurs, si d'après ces arti-

cles le mari peut être privé de l'administration, c'est en vertu d'un contrat librement consenti par lui ; c'est la femme, et non pas un tiers étranger, qui remplace le mari. Pour que l'analogie entre la situation du mineur et celle de la femme fût exacte, on devrait supposer une femme, mariée sous le régime de la communauté, qui aurait pour administrateur légal le mari, et à laquelle un étranger lèguerait des biens *à la condition qu'un tiers en aurait l'administration*. Or, personne n'admettra cette clause comme valable.

Quant à la raison tirée de la délation de la tutelle après la dissolution du mariage, alors que le père a encore la puissance paternelle, elle ne porte pas d'avantage, et pour les mêmes motifs. C'est la loi qui ouvre à ce moment la tutelle, et la loi peut évidemment déroger à l'ordre public. La volonté privée n'a pas et ne saurait avoir la même force.

3. — Proudhon, et après lui plusieurs auteurs, invoquent l'argument *a pari* de l'article 387. Puisque la loi a permis, dit-il, d'enlever l'usufruit légal au père, elle a dû permettre implicitement de lui enlever l'administration. Autrement, la précaution de l'article 387 ne serait qu'un avantage illusoire pour l'enfant, si l'administration devait être nécessairement laissée à un père insolvable ou dissipateur. « Donc, dit Proudhon, la permission de prohiber l'usufruit emporte virtuellement celle de prohiber l'administration, toutes les fois que cette mesure doit être favorable aux intérêts du mineur, et lorsque cette précaution doit être nécessaire ou utile pour assurer la parfaite exécution de la libéralité au profit de l'enfant ».

Cette déduction est inadmissible. On oublie que l'usufruit et l'administration ne doivent pas être confondus, ni par conséquent, subir le même sort. L'usufruit est un *avantage*, qu'on aurait pu ou même dû ne pas accorder au père ; c'est une faveur ; c'est un droit qui ne tient pas à l'essence de l'autorité paternelle. L'administration au contraire est une nécessité. Qui donc administrerait, en principe sinon le père ? C'est pour lui une *charge*, une conséquence de sa qualité de père. C'est moins un droit qu'un devoir. Or, peut-on déroger à un devoir imposé par la loi ? La loi seule le peut. Elle aurait dû le faire. Elle ne l'a pas fait. — Proudhon invoque l'argument a pari de l'article 387. Pourquoi ne pas admettre bien plutôt l'argument a contrario ? La loi admet la clause de non usufruit. C'est donc qu'elle écarte la clause de non administration. Si elle a cru devoir faire un article spécial pour l'usufruit, qui n'est pas essentiel, a fortiori en faudrait-il un pour l'administration, qui est indispensable. — Supposons enfin que le testateur, tout en enlevant l'administration des biens au père, lui en laisse la jouissance ; on ne pourra plus ici invoquer l'article 387. Dès lors, cette disposition ne peut pas légitimer la clause de non administration, considérée en elle-même.

4. — Le système de la validité invoque encore la tradition romaine. Le droit romain, si rigoriste quand il s'agissait de sauvegarder l'autorité paternelle avait, dit-on, permis une telle clause (Novelle, 117, c. 1) : « *donare licet sub hac conditione, pater neque usufructum neque quodlibet penitus participium habeat* ».

Nous ferons remarquer, d'abord, que la Novelle 117

est formellement abrogée par la loi du 30 ventôse an XII, art. 7; qu'en outre il n'est pas absolument certain, que les mots « quodlibet participium » veuillent dire « aucun autre droit »; que l'on pourrait peut-être les entendre dans le sens suivant : le père peut être privé de l'usufruit du tout, sans même avoir un droit de réserve sur une *partie* quelconque du tout. — Enfin ce qui pouvait avoir sa raison d'être à Rome ne s'expliquerait plus de même aujourd'hui : on voulait tempérer la rigueur de la puissance paternelle, laquelle s'exerçait alors jusqu'au décès du père, et mettait le fils dans une telle dépendance qu'il n'aurait pas pu forcer son père à une reddition de compte. Ces motifs spéciaux ne subsistent plus aujourd'hui, puisque la puissance paternelle finit à la majorité de l'enfant, et que le père est comptable.

D'ailleurs, nous avons vu que les rédacteurs du Code ont voulu en général s'écarter des traditions romaines, et s'en référer plutôt aux usages coutumiers. Or, dans l'ancien droit coutumier, on n'admettait pas la Nouvelle 117, et la question qui nous divise était déjà tranchée diversement par les auteurs et les arrêts (68 *bis*).

5. — On invoque la nécessité de respecter l'intention du donateur, et de faire prévaloir avant tout l'intérêt de l'enfant. — Si le donateur, dit-on, a dépouillé le père, c'est qu'il avait sans doute pour cela de bons motifs. N'est-il pas à craindre qu'il préfère ne pas donner, plutôt que de donner à un mineur dont le père dissipera vraisemblablement le patrimoine? Pourquoi lui refuser dès lors le droit de choisir une sorte d'exécuteur testamentaire? — Il peut ne pas

(68 *bis*) Voir ci-dessus, *Droit ancien*, Chap. III, § 2 *in fine*.

donner (69). Pourquoi ne pourrait-il pas donner sous certaines conditions ? N'est-ce pas user de son droit de propriétaire ?

Nous répondrons qu'il n'est permis d'user de son droit de propriétaire après sa mort, qu'à condition de n'imposer à son légataire aucune charge contraire à l'ordre public. Or, nous avons démontré que la clause de non administration est de ce nombre. Lorsque l'on annule une prohibition d'aliéner des biens légués, ou une clause impliquant pacte sur succession future, on viole bien aussi la volonté expresse du donateur, et l'on risque également de voir celui-ci, en prévoyance de cette annulation, disposer de ses biens en faveur d'un autre. On les annule pourtant. Pourquoi n'en serait-il pas de même ici ? — Quant à l'intérêt de l'enfant, rien de plus respectable sans doute. Mais il ne faut pas oublier non plus le respect dû à l'autorité du père. Or, n'est-ce pas porter atteinte à la puissance paternelle, n'est-ce pas faire injure au père, que de suspecter à priori son aptitude à administrer ? (69 bis)

6. — Cette préoccupation de respecter l'autorité du père, tout en protégeant l'intérêt de l'enfant, a donné naissance à un *système intermédiaire*, d'après lequel les tribunaux pourraient valider ou invalider, suivant les cas, la clause de non administration. —

(69) On ne conteste pas notre solution, lorsque la donation ou le legs font partie de la réserve. L'idée même de réserve exclut toute disposition contraire à la dévolution légale de cette partie du patrimoine.

(69 bis) Ceux qui admettent la possibilité de destitution du père en tirent argument pour dire, que le mineur est suffisamment garanti par là contre les dissipations du père.

Si la condition imposée, au lieu d'être inspirée par l'intérêt de l'enfant, est dictée par un sentiment d'inimitié ou de vengeance contre le père, elle doit être déclarée nulle, parce que la justice ne peut sanctionner l'œuvre de la passion. Elle est au contraire valable, lorsque le testateur l'a ajoutée à sa libéralité *dans l'intérêt bien entendu* d'un enfant, dont le père est prodigue ou incapable. — Enfin, on annulerait les clauses qui auraient pour but d'humilier la puissance paternelle, de soumettre le père lui-même à une sorte d'incapacité ou de tutelle (70). Ce serait une question de fait.

M. Laurent s'insurge, et avec raison, contre cette doctrine, dont l'équité paraît pourtant séduisante au premier abord. Une dérogation à une loi d'ordre public, une question de fait ! s'écrie-t-il ; c'est une véritable hérésie juridique. Ce n'est plus la loi, ni le droit que l'on consulte, c'est la morale, c'est l'intention présumée du disposant. Depuis quand la morale décide-t-elle les questions de droit ? Au lieu de puiser les motifs de décider dans les principes, le juge cherchera dans l'intention du testateur. C'est tomber dans l'arbitraire le plus complet. C'est soulever en même temps des difficultés innombrables. — Il suffit d'ailleurs de parcourir quelques espèces pour s'en convaincre.

Un testateur, en mourant, charge un exécuteur testamentaire de gérer les biens légués jusqu'à la majorité de l'enfant mineur. La clause sera, je suppose, respectée. — Mais quels seront les pouvoirs de

(70) En ce sens la plupart des auteurs cités à la note 68, notamment Aubry et Rau et Demolombe, et aussi quelques arrêts.

ce gérant, si le testateur n'en a rien dit? Sera-t-il soumis aux obligations d'un tuteur? Le testateur pourra-t-il, dans un excès de confiance, lui donner des pouvoirs très étendus? Il y a là un danger évident pour les intérêts du mineur. — Le Tribunal pourrait-il intervenir pour restreindre ces pouvoirs? Non, puisque l'on règle la situation uniquement d'après la volonté du testateur (71)? Ainsi donc le mineur, que l'on prétend garantir contre le père, n'aura peut-être contre le curateur désigné aucune des garanties légales ordinaires, ni hypothèque, ni surveillance d'un conseil de famille ou d'un subrogé-tuteur! C'est la volonté du testateur qui doit tout régler. Mais alors que deviendra dans certains cas l'intérêt du mineur? — Que décidera-t-on dans l'hypothèse où le curateur désigné meurt avant la majorité? Pourra-t-il se choisir un successeur? Le testateur a-t-il le droit de lui conférer une pareille faculté. S'adressera-t-on, au contraire, au père, ou bien au conseil de famille? — Si le père émancipe son fils (72), à qui appartiendra l'administration? A l'enfant assisté de son curateur, comme le déclarent certains arrêts (73)? Ou faut-il dire, avec d'autres, qu'elle restera confiée au tiers désigné par le dispo-

(71) Sic, Orléans, 5 février 1870 (Sir. 70, 2, 257).

(72) Le droit d'émancipation, touchant à la personne, resterait en tout cas entre les mains du père. On n'admet pas, en effet, que le testateur, même un aïeul, puisse modifier les droits du père relativement à la *personne* même de l'enfant (Cassation, 9 janvier 72; Sir. 72, 1, 107), et l'on annule impitoyablement toute clause d'un testament ou d'une donation portant de ce chef atteinte aux droits du père. — Trib. de Lyon, 12 juin 1872 (*Moniteur Judiciaire* du 4 juillet 1872).

(73) Caen, 5 avril 1843 (Sir. 55, 2, 675).

sant, jusqu'à la majorité de l'enfant émancipé (74) ? Ou bien, enfin, admettra-t-on, avec M. Demolombe, que c'est une question à décider d'après l'intention probable du disposant, et eu égard aux circonstances de fait, par exemple au but poursuivi par le père en émancipant son fils ? — Si le testateur, au lieu de désigner lui-même l'administrateur spécial, a chargé le conseil de famille de cette désignation, ne peut-on pas dire que cette exclusion du père, sans préférence pour personne, est trop manifestement dirigée contre lui, et que dès lors la clause doit être annulée ? C'est ce qu'a fait la Cour de Cassation dans son arrêt du 20 novembre 1840. Demolombe approuve, Proudhon critique. Voilà où l'on aboutit, quand on abandonne les principes de droit pour la morale (75).

Malgré son équité apparente, ce *système intermédiaire* doit donc être écarté, de même que nous avons rejeté le système de la *validité absolue*.

7. — Mais nous devons, en terminant, développer, en faveur de la nullité absolue, *deux nouveaux arguments*, qui paraissent avoir été oubliés par les auteurs.

Le premier est tiré des travaux préparatoires (76).

L'article I^{er} du titre VIII du projet de code, contenait une définition de la puissance paternelle, d'après laquelle le droit d'administration du père était placé *sur la même ligne* que les droits de garde et

(74) Dijon, 23 août 1855 (Sir. 55, 2, 675) ; Cassation, 26 mai 1856 (Sir. 56, 2, 682.)

(75) [Laurent, n° 299.

(76) Voir Droit ancien, *Travaux préparatoires du Code*.

d'éducation ; quant à l'usufruit, il n'était même pas mentionné : ce qui semble déjà indiquer que, dans l'intention des législateurs, l'administration était bien un attribut *essentiel* de la puissance paternelle.

— Plus loin l'article 12, s'occupant des biens des enfants, en donnait en principe au père *l'administration et la jouissance*. L'article 13 exemptait *de l'une comme de l'autre* les biens acquis par un travail ou une industrie séparée. Puis venait l'art. 14, qui exemptait *seulement de la jouissance* du père, les biens légués sous condition que le père, n'en jouirait pas, et qui validait ainsi la *clause de non usufruit*. — Il nous semble que le silence de cet art. 14 sur la *clause de non administration*, rapproché du texte de l'art. 12 et de la rédaction de l'art. 13, est caractéristique : il y a un principe posé (art. 12) ; plusieurs exceptions sont apportées à ce principe (art. 13 et 14) ; en dehors de ces exceptions, on doit rester dans la règle. Or, la règle, c'est l'administration du père d'après l'art. 12 ; l'argument a contrario tiré de l'art. 14 est décisif, puisqu'il ramène dans le droit commun ; d'autant plus qu'il est en harmonie absolue avec la définition de l'article 1. — C'est donc que, dans l'intention des rédacteurs du projet, la clause en question était nulle, et l'administration légale d'ordre public.

Le projet a été modifié au Conseil d'Etat ; mais rien ne prouve que l'on ait voulu s'écarter sur ce point de l'intention primitive. On a supprimé l'art. 1, comme inutile. On a enlevé dans l'art. 12 (devenu l'art. 384), le mot « administration », parce que ce mot n'était plus assez général, en présence de l'admission de l'usufruit légal au profit du *survivant* des père et mère. On a fondu en un seul article 387, les

deux articles 13 et 14 du projet. Ce sont là des changements accidentels qui, en modifiant la rédaction, n'ont pas modifié l'intention formelle du législateur. *Donc, l'administration légale est d'ordre public.*

On peut enfin tirer argument, dans ce sens, de l'article 365 édicté en matière de *Tutelle officieuse*. Cet article porte que « si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement *en tutelle*, l'administration de ces biens passera au tuteur officieux ». — C'est dire, a contrario, que si l'enfant n'est pas en tutelle, s'il a encore ses père et mère, l'administration des biens restera entre les mains du père, *alors même qu'il fait abandon d'une partie de la puissance sur la personne*. C'est donc que cette administration est un attribut essentiel de la puissance paternelle, un attribut que le père ne peut déléguer, et auquel il ne peut renoncer. *Elle est donc d'ordre public.*

Nous avons combattu, *en droit*, la validité de la clause de non administration. *En législation*, nous sommes les premiers à l'admettre dans l'intérêt de l'enfant. Plusieurs Codes étrangers l'ont expressément déclarée valable, et nous croyons que le projet nouveau devrait statuer dans le même sens (77).

(77) Nous verrons qu'il néglige de s'occuper de la question.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Droits et Obligations du père au début de l'administration légale.

§ 1 — LE PÈRE DOIT-IL FAIRE INVENTAIRE ?

Si le père, administrateur des biens de ses enfants, en est en même temps usufruitier, il n'y a pas de doute qu'il doive faire l'inventaire de ces biens, au moment de leur dévolution (art. 600). — Mais on se demande si, à défaut d'usufruit, il le doit comme simple administrateur.

M. Laurent (1) soutient la négative. — Le père, dit-il, n'est pas tenu de faire inventaire, puisque la loi ne lui impose pas cette obligation. Il ne peut être question d'une obligation légale sans loi. Nous sommes en présence d'un administrateur privilégié, auquel on ne peut imposer des obligations par analogie.

Nous croyons que l'affirmative est seule exacte (2). — L'article 389 déclare le père comptable. La base de tout compte n'est-elle pas l'inventaire ? Si l'on veut que le compte soit véritablement sérieux, et qu'il présente quelque garantie (et telle est bien l'intention

(1) IV, n. 307.

(2) En ce sens, Demolombe, VI, n. 433 ; Aubry et Rau, I, § 123, n. 42.

du législateur), il faut qu'il soit appuyé et corroboré par un inventaire précédemment établi. — D'ailleurs, la loi impose cette obligation en général à tous les administrateurs du patrimoine d'autrui, tuteurs (art. 451), maris (art. 1414, 1415, 1442), envoyés en possession (art. 126), curateurs à succession vacante (art. 813). C'est donc *en vertu du droit commun* que le père doit en être tenu. *Sine inventario, non potest confici et verificari præmium et principale caput libri rationum, quod est de receptis* (Vinnius, d'après Dumoulin).

Il semble donc que M. Laurent s'écarte ici de son principe initial, qui est l'application des règles du droit commun. — Il objecte que le père est administrateur privilégié. Mais, en poussant ce système à bout, on irait jusqu'à dire que l'administration légale doit être considérée comme affranchie de toute espèce de règles. — Il ajoute que l'on ne peut imposer des obligations par analogie. Nous avons écarté l'analogie pure et simple avec la tutelle. Mais, si l'on admet l'application du droit commun, comme ce droit commun n'est écrit nulle part, il faut bien, pour le constituer, étudier les analogies qui existent entre les divers administrateurs du patrimoine d'autrui; et, lorsque l'on rencontre une obligation qui est imposée en général à tout administrateur, il faut bien l'appliquer au père, à moins de manquer absolument à la règle précédemment posée.

D'ailleurs, le plus souvent, l'inventaire sera rendu nécessaire en vertu d'autres principes. — D'une part, en effet, l'on admet en général que les successions échues au mineur sous puissance doivent être acceptées seulement sous bénéfice d'inventaire (art. 776). — D'autre part, les donations d'objets mobiliers doivent contenir un état estimatif (art. 948).

— Nous verrons enfin que, s'il y a contrariété d'intérêt entre le père et le fils, on nommera un administrateur ad hoc, lequel fera procéder à l'apposition des scellés, s'il le juge utile pour la conservation des droits du mineur, et en tout cas à l'inventaire (voir ci-dessous, Chap. III, § 3).

Le juge de paix ne pourrait certainement pas apposer les scellés d'office, ni même à la requête du ministère public (art. 911 du C. de proc.). — Mais, si l'apposition avait eu lieu conformément à l'art. 909, il pourrait refuser de les lever sans description. M. Kéguelin de Rozières (3) cite à ce propos, et commente longuement un jugement de Sarreguemines du 18 mars 1852, confirmé par arrêt de la Cour de Metz du 12 mai de la même année. Le jugement et l'arrêt admettent la nécessité de l'inventaire descriptif lors de la levée des scellés ; mais ils invoquent seulement l'analogie avec l'article 451, au lieu de se baser sur la qualité d'*administrateur comptable* dont est revêtu le père.

Si nous exigeons l'inventaire en vertu des principes *généraux*, nous écartons l'application de l'article 451, qui est *spécial* à la tutelle. — Donc : 1° le père n'aura pas à requérir le concours d'un subrogé-tuteur (puisque'il n'y en a pas), ou d'un surveillant, quel qu'il soit, qui en fasse fonction. — Dans le cas où l'inventaire est fait à la requête de l'administrateur ad hoc dont nous avons parlé plus haut, l'administrateur intervient comme représentant du mineur, le père agissant de son côté en son propre nom,

(3) *Op. cit.* p. 125. — Carré, sur Chauveau, n° 3140; conf. Aix, 28 juil. 1830.

puisqu'il est lui-même héritier. Il y a là deux cohéritiers, le père et le fils, agissant séparément l'un par lui-même, l'autre par son mandataire spécial, et assistant ensemble à une opération qui intéresse l'un et l'autre; il n'y a rien, dans cette situation, de semblable à une subrogée-tutelle. — 2^o S'il est dû quelque chose au père par le défunt, le père ne sera pas tenu de le déclarer à peine de déchéance. La déchéance que le tuteur encourt aux termes de l'article 451, § 2, ne rentre, en effet, dans aucun des modes d'extinction des obligations qui se trouvent énumérés dans l'article 1234. Elle constitue une pénalité civile exceptionnelle et d'un caractère exorbitant.

Qu'arrivera-t-il si le père ne fait pas inventaire? Quelle sera la *sanction* de cette omission? *Perdra-t-il l'usufruit légal*, conformément à l'article 1442, § 3, qui punit la négligence du père survivant? S'il s'élève plus tard des contestations sur la consistance et la valeur des biens, *pourra-t-on faire contre lui la preuve par la commune renommée?*

Quant à la première sanction, il n'y a pas d'hésitation possible. L'article 1442, § 3 n'est même pas une disposition générale de la tutelle; c'est une règle spéciale à la communauté. Il a un caractère pénal qui rend son extension impossible. D'après son texte, il ne se réfère qu'à l'inventaire à dresser *après le décès* de l'un des époux.

Quant à la preuve par commune renommée, la plupart des auteurs l'admettent. — MM. Aubry et Rau (§ 123, note 27) prétendent qu'elle est de droit commun, toutes les fois qu'il s'agit d'établir la consistance d'un mobilier non inventorié contre celui qui était chargé d'en faire dresser l'inventaire. — On ne

comprendrait pas, dit M. Demolombe (n. 435), que la loi, qui admet cette preuve dans les cas prévus par les articles 1415, 1504 et 1442, ne l'ait pas également admise dans le nôtre.

Cette différence se comprend fort bien, répond Laurent (n. 307). Quand la loi prescrit au mari et à l'époux survivant de faire inventaire, et qu'ils n'obéissent pas à la loi, il y a négligence coupable, peut-être dol; le législateur les punit, en admettant contre eux la plus incertaine et la plus dangereuse de toutes les preuves. Est-ce que la loi ordonne au père administrateur de faire inventaire ? Non. Dès lors il n'y a pas lieu de lui infliger une peine.

Bien que nous ayons admis la nécessité de l'inventaire, nous croyons pouvoir, sans contradiction, rejeter la preuve par la commune renommée.— L'inventaire est le droit commun des administrateurs. La commune renommée est la plus exorbitante de toutes les preuves. La loi ne l'a admise formellement que dans quelques hypothèses de communauté; nous ne croyons pas qu'elle puisse être étendue. Il y a, au Code, bien d'autres cas où l'inventaire est exigé, sans que la loi paraisse vouloir donner comme sanction au défaut d'inventaire l'admissibilité de cette preuve exceptionnelle (art. 126, 270, 451, 600, 772, 794). — Sans doute, dans la plupart de ces cas, la loi admet contre l'administrateur négligent ou coupable d'autres pénalités : dommages-intérêts (art. 421 et 772), déchéance ou destitution (art. 421, 600, 794). Ce sont des garanties d'un autre ordre, qui suppléent en partie à l'absence de la sanction dont s'agit. — Dans notre hypothèse la loi est muette; il faut nous reporter aux principes généraux et admettre seulement, avec les articles 1348 et 1353, la

preuve testimoniale et les présomptions. Nous croyons que les très larges pouvoirs des tribunaux dans l'appréciation de ces deux preuves donneront au mineur une garantie efficace, et permettront de sanctionner suffisamment l'obligation de faire inventaire (4).

§ 2. — LE PÈRE DOIT-IL DONNER CAUTION ?

Le père administrateur doit-il donner caution pour la sûreté de son administration ?

Parmi les divers administrateurs du bien d'autrui, seuls les envoyés en possession sont astreints à cette garantie (art. 120), mais pour des motifs spéciaux. Le tuteur et le mari en sont dispensés. Le père en est également exempt comme usufruitier légal (art. 601) ; à plus forte raison, ne faut-il pas exiger cette précaution du père simple administrateur. — Indépendamment de la garantie qu'offre l'affection des père et mère, la loi ne devait pas frapper d'une mesure de défiance humiliante la gestion privilégiée du père. On s'étonne même que la question ait pu être soulevée récemment encore devant les tribunaux (5).

Le testateur, qui lègue ses biens au fils sous puissance, ne pourrait pas non plus imposer au père l'obligation de fournir caution. Ce serait porter atteinte à un droit que nous avons reconnu d'ordre public.

(4) Dalloz (J. G. *Puis. pat.* n° 81) enseigne, au contraire, que le père n'est pas tenu de faire inventaire, mais qu'on fera contre lui la preuve par commune renommée.

(5) Arrêt de Lyon du 9 août 1877 (Sir. 78, 2, 174). — Sic. Toulouse, 26 août 1818.

§ 3. — LE PÈRE DOIT-IL VENDRE LE MOBILIER CORPOREL ?

L'article 452 impose au tuteur l'obligation de vendre, dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, en présence du subrogé-tuteur, et avec certaines formalités, tous les meubles corporels autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. — L'art. 453 dispense de cette vente les père et mère tuteurs qui ont l'usufruit légal, sauf à faire estimer les meubles par un expert nommé par le subrogé-tuteur.

Ces deux articles sont inapplicables au père administrateur; peu importe qu'il ait ou non l'usufruit légal. La consultation du conseil de famille, l'intervention du subrogé-tuteur indiquent suffisamment que ce sont là des dispositions exceptionnelles et spéciales à la tutelle. Le père administrateur sera seul juge du point de savoir s'il convient de vendre ou de conserver les meubles corporels; il prendra le parti qu'il croira le meilleur, sous sa responsabilité personnelle (art. 1992) (6).

S'il conserve les meubles, il n'aura pas à se faire autoriser, ni à faire dresser un état estimatif en dehors de l'inventaire. — S'il croit devoir les vendre, il pourra le faire sans affiches ni publications. Les formalités des articles 945 et suivants du

(6) D'ailleurs l'inexécution de l'art. 452 par le tuteur lui-même n'entraîne pas contre lui d'autre conséquence, que sa responsabilité tutélaire, et la réparation du préjudice causé au mineur, préjudice souverainement apprécié par le juge du fait (Cassation, 9 juillet 1866).

Code de procédure sont en effet tracées spécialement contre le tuteur.

Mais pourra-t-il librement procéder à la vente de *tous les meubles* en sa qualité d'administrateur ? Nous renvoyons l'étude de cette importante question au chapitre suivant, où nous traiterons des *Actes d'administration* en général. Remarquons seulement, dès à présent, que, quelle que soit la solution admise plus loin pour les meubles *incorporels*, le droit d'aliénation du père relativement aux meubles *corporels* sujets à dépérissement, est certain et incontestable. Il y a là évidemment un acte de bonne administration, qui pourrait être réalisé par le mandataire général de l'article 1988. — Il n'y aurait exception, que si un meuble était légué au mineur à titre de souvenir de famille, et avec prohibition de le vendre.

Si les articles 452 et 453 sont inapplicables, il en est de même des articles 454 à 456.

Le premier fait régler par le conseil de famille le budget des dépenses du tuteur ; or il n'est même pas applicable au père tuteur, qui est bien moins favorable que le père administrateur ; et, d'autre part, il n'y a pas, en principe, de conseil de famille convoqué au début de l'administration légale.

Quant aux articles 455 et 456, nous ferons les mêmes observations ; car nous croyons également, que le père tuteur n'est pas soumis aux règles spéciales qu'ils établissent, relativement à l'emploi des capitaux et à l'intérêt des sommes non employées (7).

(7) La question est controversée. — Voir Demolombe, VIII, n. 627-629. — Voir toutefois l'art. 6 de la loi du 27 février 1880.

— D'ailleurs, même en admettant l'application de ces articles au père tuteur, on ne pourrait pas les étendre au père administrateur, à raison de leur caractère évidemment exceptionnel (8). Nous verrons, dans le chapitre suivant, comment doit être appréciée, sur ce point, la responsabilité du père.

(8) Voir les motifs de l'arrêt de Bordeaux du 2 juin 1876 (Sir. 77, 2, 330).

CHAPITRE TROISIÈME.

Droits et obligations du père pendant l'administration légale.

Le père administrateur représente son enfant mineur dans les différents actes de la vie civile. Nous avons distingué, dans notre premier chapitre, d'une part les actes d'administration, et d'autre part les actes de disposition. Pour les premiers, nous avons admis les pouvoirs très larges du père, en dehors de toute assimilation avec la tutelle. Quant aux seconds, nous avons reconnu qu'il fallait exiger du père les mêmes formalités que la loi impose au tuteur.

Mais le Code n'a nulle part nettement distingué les actes d'administration des actes de disposition. C'est donc la nature même des actes qui doit, avant tout, être prise en considération pour établir cette distinction. — On peut dire, d'une façon générale, que les *actes d'administration* sont ceux que nécessite la conservation d'une chose, ou qui n'ont d'autre objet que d'en tirer le produit ordinaire qu'on doit naturellement en attendre, les actes qui ont pour but d'entretenir, de conserver et de faire fructifier un patrimoine sans en altérer la composition générale. — Les *actes de disposition* sont au contraire ceux qui touchent à l'intégralité du bien, qui entraî-

nent une aliénation totale ou partielle du patrimoine, les actes de propriété, les actes qui intéressent la propriété même, suivant l'expression du Tribunat et le texte de l'article 1988. — Mais nous allons voir que ces deux définitions ne conduisent pas toujours à des solutions certaines, et que la difficulté est grande quand on veut fixer pratiquement la valeur des mots.

Il existe au Code civil bien des types d'administration. — On peut distinguer, d'une part, l'administration de ceux qui gèrent, avec des *pouvoirs* restreints, des biens appartenant à *autrui* : envoyé en possession (art. 125), tuteur (art. 450), curateur d'une succession vacante (art. 813), mari (art. 1428, 1531, 1549); — d'autre part, l'administration de ceux qui, pour des motifs divers, ont une *capacité* restreinte, relativement à leurs *propres* biens : mineur émancipé (art. 481), individu pourvu de conseil (art. 513), femme séparée de biens (art. 1449 et 1576); — enfin, dans une situation intermédiaire, l'héritier bénéficiaire (art. 803) (1).

Dans toutes ces situations, il s'agit d'administration : cependant l'étendue des droits des administrateurs n'est la même nulle part ; ce qui est permis à l'un est souvent défendu à l'autre. Comment, avec ces éléments contradictoires, former ce qu'on est convenu d'appeler *le droit commun*, celui qu'on appliquera au mandataire général de l'art. 1988 ? D'ailleurs, le père n'est-il pas un mandataire général privilégié ?

(1) Nous pourrions encore citer l'administrateur du présumé absent (art. 112), et le séquestre (art. 1955), auquel est assimilé le mari pendant l'instance en divorce (art. 270). — Enfin la loi de 1838 a créé l'administrateur provisoire des biens de l'aliéné.

Nous avons dit qu'il fallait étudier avant tout la *nature des actes*. — Mais la nature précise de tel ou tel acte est souvent bien difficile à établir. — On est donc obligé de s'en référer le plus souvent aux exemples du Code ; et, comme le père doit avoir de très larges pouvoirs, il faudra d'abord l'autoriser, au moins en général, à faire seul tout ce que peuvent faire les administrateurs *des biens d'autrui* qui ont les pouvoirs les plus étendus (2).

Or, parmi ces administrateurs des biens d'autrui, il en est deux qui présentent la plus grande analogie avec le père : ce sont le *mari* et le *tuteur*.

Le mandat du *mari* se rapproche fort du mandat paternel, par son origine, sa nature et son but. — L'un et l'autre découlent du droit naturel, dont la loi positive s'est bornée à sanctionner les indications. Le second est une émanation de la puissance paternelle, de même que le premier est une dépendance de la puissance maritale. Chez tous deux, l'administration des biens n'est qu'une conséquence de l'autorité sur la personne. Tous deux sont accordés à l'affection présumée du mandataire pour la personne dont il est appelé à gérer la fortune. — La similitude d'origine doit donc tendre à les faire assimiler sous le rapport de l'étendue des pouvoirs et des obligations (2 *bis*).

(2) Il est plus difficile de tirer argument des droits de ceux qui ont une *capacité* restreinte. Pouvoir et capacité sont deux choses absolument distinctes.

(2 *bis*) Sic Aubry, *loc. cit.*, p. 669. — On peut remarquer que l'administration de la dot par le mari (1549) a succédé à un véritable droit de propriété, de même que le père, autrefois propriétaire du pécule de son fils, n'en est plus aujourd'hui que l'administrateur.

Nous n'avons pas à revenir sur les ressemblances et les différences qui existent entre le *père* et le *tuteur*. Nous avons à cet égard écarté en principe l'argument d'analogie : mais, comme le père est plus favorable que le tuteur, il faut bien admettre que tous les actes permis au second rentreront évidemment dans les pouvoirs du premier.

Nous partirons de ce point de départ, ce qui nous évitera une énumération inutile (3), et naturellement incomplète, des actes d'administration (sauf à insister sur quelques-uns d'entr'eux, dont l'intérêt est spécial). — Nous rechercherons alors si certains actes, interdits au tuteur, ne doivent pas être permis au père, soit à raison de leur nature propre, soit par analogie avec le mari. — Mais il faut remarquer, dès à présent, que cette recherche sera moins fructueuse qu'elle ne paraîtrait devoir l'être au premier abord ; quelques actes en effet, qui sembleraient devoir rentrer dans l'administration, sont soumis, par des textes généraux applicables à tout mineur, à l'autorisation préalable d'un conseil de famille.

Ce sera le § 1 : *Actes d'administration*.

Le § 2 énumèrera les *Actes de disposition*.

Dans le § 3 nous traiterons des *Oppositions d'intérêts* entre le père et le fils.

Dans le § 4, nous parlerons des *Nullités* pour inexécution des formes requises.

(3) Tout ce qui n'est pas disposition, rentre évidemment dans l'administration. Or, nous énumérerons les actes de disposition.

§ 1^{er}. — ACTES D'ADMINISTRATION.

BAUX. — *Dans la théorie du Code*, les baux sont des actes d'administration, quand ils ne dépassent pas la durée ordinaire de 9 années (art. 595, 1429, 1430, 1718). Au-delà de 9 ans, et bien qu'il n'y ait rien là qui ressemble à une aliénation, ils sont considérés comme actes de disposition. — Il en résulte que le père administrateur est soumis, en cette matière, aux mêmes restrictions qui sont imposées au tuteur ; mais ce n'est pas par argument d'analogie ; c'est par application d'un principe général. — L'article 1718 dispose d'ailleurs, d'une manière absolue, que les articles du titre du contrat de mariage, relatifs aux baux des biens des femmes mariées (1429-1430), sont applicables aux baux des *mineurs*.

VENTE DES MEUBLES CORPORELS OU INCORPORELS. — Nous avons vu, dans le chapitre précédent, qu'à la différence du tuteur (452), le père administrateur n'est pas tenu de vendre les meubles *corporels* échus au mineur. Il ne le doit pas, mais le peut-il librement ? Quid surtout des meubles *incorporels* ?

La plupart des auteurs (4) et des arrêts permettent au père de vendre, sans formalité ni autorisation quelconque, les meubles corporels ou incorporels de son fils mineur, s'il juge cette vente un acte de bonne administration. — On admet, en effet, d'une façon générale, que *l'aliénation du mobilier fait partie des pouvoirs d'une large administration*, bien que la vente rentre de sa nature dans la classe des actes de disposition.

(4) Sic : Demolombe, VI, 437 ; Aubry et Rau, I, § 123, note 40

Néanmoins cette solution a été vivement combattue (5). « Il n'y a point de texte, dit Laurent, qui donne formellement à un administrateur, en cette qualité, le droit d'aliéner les meubles; il y a un texte (l'article 1860, en matière de société), qui lui dénie ce pouvoir. Il y en a d'autres qui impliquent que l'administrateur n'a pas ce droit. Nous pouvons donc poser en principe que la vente d'effets mobiliers n'est pas un acte d'administration. Comment l'administrateur pourrait-il aliéner ce qui ne lui appartient pas ». — Le mandataire général conventionnel (art. 1988), qui fait tous les actes d'administration (§ 1), ne peut pas aliéner (§ 2). — Il n'y a, d'ailleurs aucune raison juridique de distinguer entre les meubles et les immeubles. Or tout le monde convient qu'un administrateur ne peut pas, en sa qualité, aliéner les immeubles.

Il est certain, qu'en pure législation, on a raison de tenir un pareil langage, et que, si notre loi civile venait à être révisée, on devrait la modifier complètement sur ce point. Mais, présentement, nous ne pouvons l'appliquer que conformément aux intentions des législateurs qui l'ont rédigée. — Or, à l'époque de la promulgation du Code, la fortune mobilière était sans importance. La maxime « *Vilis mobilium possessio est* » était courante. Si, depuis lors, la fortune mobilière a reçu un prodigieux développement, il n'en est pas moins vrai que les rédacteurs du Code ne se sont préoccupés que de sauvegarder les valeurs *immobilières* des incapables : ils ont négligé absolument les *meubles*.

(5) Laurent, II, n° 179, et IV, n° 311. — On ne comprend pas que M. Laurent invoque l'art. 1860 qui dit formellement le contraire de ce qu'il prétend lui faire dire.

Cette lacune nous est révélée par les articles 1428, 1449 et 1554 en ce qui concerne les biens de la femme mariée. Le mari, d'après l'article 1428, ne peut pas aliéner les *immeubles* de la femme commune (6). La femme séparée peut disposer de son mobilier (7); elle ne peut pas aliéner ses *immeubles* (art. 1449, § 2 et 3). Les *immeubles* dotaux (8) sont inaliénables (art. 1554). Il semble bien résulter a contrario de ces textes que *l'aliénation des meubles est permise*. — De même, l'art. 457 ne parle que de l'aliénation des *immeubles* du mineur en tutelle. Or, le tuteur est capable de faire tous les actes pour lesquels une disposition spéciale de la loi n'a pas modifié ses pouvoirs. Il a un mandat général d'agir pour le mineur ; si l'aliénation des immeubles est seule soumise à certaines garanties, c'est que l'aliénation des meubles est libre (9). Et cela est si vrai, que la loi du 24 mars 1806 et le décret du 15 sept. 1813 sont venus, par exception, exiger du tuteur l'autorisation du conseil de famille pour les transferts d'inscriptions de rentes de plus de 50 fr., ou les ventes de plus d'une action de la Banque de France ; ce qui impliquait bien pour les

(6) Donc il peut aliéner les meubles. — Voir pourtant, Requêtes, 5 nov. 1860 (Sir. 61, 1, 49) et 4 août 1862 (Sir. 62, 1, 935). — Dans notre sens, Paris, 13 janvier 1854 (Dal. 54, 2, 93).

(7) Et cette aliénation peut avoir lieu, même en dehors des besoins de l'administration. — Tribunal de la Seine, 9 janvier 1872; Chambéry, 10 août 1872; Paris, 1^{er} mars 1877; Cassation, 1^{er} avril 1878.

(8) Donc le mari peut aliéner les meubles dotaux. — Cassation, 29 août 1848; Paris, 18 déc. 1849; Grenoble, 11 janvier 1864; Saint-Denis, 25 mai 1866; Requêtes, 1^{er} août 1866 (Sir. 66, 1, 363).

(9) Nîmes, 15 déc. 1853; Cassation, 3 février 1873 (Sir. 73, 1, 61); Cassation, 4 août 1873 (Sir. 73, 1, 441).

autres meubles incorporels le libre droit d'aliénation du tuteur (10).

Si le tuteur, si le mari peuvent, dans l'esprit du Code, aliéner les valeurs mobilières, il doit en être de même du père pour qui la loi est bien plus favorable.

Cependant, par un argument abusif d'analogie, le Trésor a voulu pendant longtemps appliquer au père administrateur la loi de 1806 créée spécialement *contre* le tuteur. Il exigeait pour la vente qu'il fût justifié d'une autorisation du conseil de famille, et, à défaut, d'un jugement de la Chambre du Conseil. Le tribunal de la Seine avait rendu un jugement en ce sens le 16 décembre 1852 (11). — Mais, depuis, et par jugement du 17 déc. 1876 (12), la Chambre du Conseil du même tribunal se déclara incompétente, et le Trésor dut passer outre. — Aujourd'hui, la question ne peut même plus se poser, puisque la loi de 1806 a été abrogée par la loi nouvelle du 27 février 1880 (en même temps que le décret de 1813).

La loi de 1880 est venue en effet trancher toutes les difficultés. — Elle établit en faveur des *mineurs en tutelle* un système de protection complet pour garantir leur fortune mobilière contre l'incapacité ou l'infidélité de leurs tuteurs. Bien qu'elle s'applique au mineur émancipé (autrement que par mariage) et à l'aliéné, elle est faite en principe *contre les tuteurs* ; et il a été formellement spécifié qu'elle est

(10) Le législateur de 1806 et 1813 semble croire, il est vrai, que pour les meubles incorporels il aurait fallu recourir aux formes de l'art. 452.

(11) Bertin, I, 568. Conf. Trib. civ. de Lyon. 28 fév. 1862. (*Moniteur Judiciaire* du 13 mars 1862).

(12) Buchère, *Traité des opérations de bourse*, n° 154.

inapplicable au mineur placé sous l'administration légale. — Un amendement, sur lequel nous aurons à revenir (13), avait été proposé au Sénat par M. Gazagne, dans le but d'en étendre au moins l'usage à certaines hypothèses, où le mineur sous puissance mérite plus particulièrement la protection de la loi. Cet amendement a été rejeté : « Il y a pendant le mariage, dit le rapporteur, une garantie morale et une garantie matérielle. L'immixtion du législateur, s'interposant avec un sentiment de suspicion entre les parents et les enfants, nous a paru contraire aux principes du droit. Autant la *faculté d'aliéner doit être accordée au père administrateur*, autant il n'en peut être ainsi lorsque la mort a fait disparaître soit le père, soit la mère ».

Il y a donc, désormais, dans l'intention du législateur de 1880, une profonde différence à ce point de vue entre le tuteur et le père administrateur. — Le premier devra, pour aliéner les valeurs mobilières, obtenir l'autorisation du conseil, et même parfois l'homologation du tribunal. Il sera tenu en outre de convertir les titres au porteur en titres nominatifs. Enfin, il devra employer les capitaux d'après des règles et dans un délai donné. — Le second, au contraire, a la *faculté d'aliéner* ; il peut disposer librement de la fortune mobilière de son enfant. L'adoption du rapport de M. Denormandie, et le rejet de l'amendement Gazagne, indiquent bien que l'on n'a pas voulu que le père fût obligé de recourir à n'importe quelle formalité pour vendre les meubles incorporels. — La jurisprudence antérieure donnait au père ce droit d'aliénation sans autorisation aucune ; cette juris-

(13) Voir ci-dessous, 4^e partie.

prudence est formellement consacrée par le législateur. L'opinion de M. Laurent est condamnée. — D'autre part, dans le système qui admet en général l'assimilation de l'administration légale à la tutelle, on ne pourrait pas ici appliquer à l'une les règles nouvelles de l'autre, puisque l'intention bien formelle du législateur a été de les traiter différemment (14).

C'est ce que constate la circulaire du 20 mai 1880, adressée par M. le Ministre de la justice aux Procureurs généraux sur l'application de la loi du 27 février (15). — Le père a même aujourd'hui des pouvoirs plus étendus qu'on ne lui en accordait autrefois en fait. La loi de 1806, que le Trésor prétendait lui appliquer, a été formellement abrogée par l'art. 12 de la nouvelle loi. Le Trésor lui-même a été obligé de le reconnaître. Une circulaire du Directeur de la Dette inscrite aux trésoriers-payeurs généraux, en date du 10 mars 1880 (16), déclare que, « l'assimilation, faite entre le tuteur et le père admi-

(14) On pourrait pourtant objecter, qu'en réalité, si l'on a rejeté l'amendement Gazagne, c'est moins sur les instances de M. Denormandie, qu'à la suite de la déclaration de M. le Garde des Sceaux : or, ce dernier a demandé que l'on ne tranchât pas, par l'adoption de cet amendement, la question plus vaste et très discutée du caractère général de l'administration légale, et de son assimilation plus ou moins complète avec le tuteur. Il a promis un projet de loi général, et l'on a rejeté l'amendement. Mais la question de l'assimilation reste entière. Si donc on admet, d'une façon générale, l'application à l'administration légale des règles de la tutelle, pourquoi ne pas appliquer la règle nouvelle comme les règles anciennes ? Le Sénat a refusé l'assimilation partielle pour ne pas prendre parti dans la controverse, mais il n'a pas dit qu'on ne pouvait pas faire cette assimilation.

(15) *Collection Duvergier*, année 1880, p. 60.

(16) Bioche, *Jour. proc.* 1880, n. 11,436.

« nistrateur, doit être abandonnée définitivement;
« que la question est tranchée dans le sens de la
« négative, sinon par le texte même de la loi, du
« moins par la discussion dont elle a été l'objet; que
« le père administrateur pourra donc désormais trans-
« férer les rentes appartenant à son fils mineur, sans
« aucune autorisation, quelle qu'en soit la quotité » (17).

Enfin, cette solution a été admise par un jugement du tribunal de la Seine du 27 avril 1882 (affaire Bourlon); le tribunal a obligé un agent de change à réaliser la vente d'un titre de 4,950 fr. de rente, appartenant à un mineur, dont le père administrateur agissait en dehors de toute autorisation, avec l'intention d'employer à sa guise une partie du capital (18). — Si une pareille latitude laissée au père peut être regrettable, c'est au législateur qu'il appartient de restreindre ces pouvoirs; c'est précisément le but de la réforme projetée.

A la différence du tuteur, le père peut donc aliéner librement toutes valeurs mobilières (19). — Non seu-

(17) « La qualité d'administrateur, ajoute la circulaire, sera suffisamment constatée, soit par l'énonciation faite dans une procuration ou un certificat de propriété, soit même par l'indication portée sur le titre de rente, en cas de transfert simple; sans que le Trésor ait à rechercher si un changement est survenu, entre la date des procurations, certificats de propriété ou inscriptions, et la date du transfert ».

(18) Sir. 82, 2, 207. — Outre l'argument tiré de la loi de 1880, le jugement invoque l'art. 389, qui déclare le père *comptable*. « Le père, dit le Tribunal, en cette qualité de comptable, doit être considéré comme ayant le droit d'aliéner les valeurs mobilières, puisqu'il n'est pas tenu comme un *dépositaire* de valeurs, mais comme un *débiteur de deniers* provenant de la vente des dites valeurs ».

(19) Pourtant, pour les *offices* dont l'auteur du mineur se

lement il n'est pas tenu de transformer les valeurs au porteur en valeurs nominatives; mais il a le droit au contraire de convertir à volonté les titres nominatifs en titres au porteur (20). — Nous ne croyons même pas qu'un testateur puisse insérer dans son legs une clause, en vertu de laquelle le père serait soumis à tout ou partie des formalités de la loi de 1880 pour la gestion des valeurs mobilières léguées. L'administration légale est en effet d'ordre public.

RÉCEPTION ET EMPLOI DES CAPITAUX. — Le père peut recevoir les capitaux de ses enfants, sans être astreint à en faire emploi dans un délai donné (21). —

trouvait titulaire, des instructions ministérielles exigent, comme condition de la nomination du successeur présenté au nom d'héritiers *mineurs*, que la cession de l'office ait été autorisée par le conseil de famille. Mais il est évident que ces instructions ne sont que réglementaires.

(20) Dans l'hypothèse, tout autre, de la *Conversion des rentes sur l'État*, notamment de transformation du 5 0/0 inscrit en 4 1/2 0/0 (loi du 27 avril 1883), le père peut évidemment accepter la conversion ou se faire rembourser. — D'après l'article 7 de la loi transitoire de 1883, l'acceptation de la conversion était un *acte d'administration*, qui était dès lors permis au tuteur lui-même. Mais, tandis que le tuteur ne pouvait recevoir et aliéner ultérieurement que les promesses de rente au porteur représentatives de fractions de francs non inscriptibles, (moins de 2 fr.; ce qui était déjà une dérogation à la loi de 1880), le père a pu se faire rembourser le capital entier.

(21) Lyon 9 août 1877 (Sir. 78, 2, 174). — Arg^t art. 1549. — Le jugement du tribunal civil de Lyon (30 décembre 1876) dont était appel, avait autorisé le débiteur d'un legs particulier de 20,000 fr. à ne payer la dite somme, qu'à charge de placement en rentes nominatives sur l'État; tout en constatant l'honorabilité du père il invoquait son défaut de fortune personnelle. Il arguait de ce qui se passe en matière de licitation, où le Tribu-

Il diffère profondément encore à ce point de vue du tuteur, dont les obligations sont réglées par les articles 455 et 456 du Code civil combinés avec l'art. 6 de la loi de 1880. — Même en admettant que les articles 455 et 456 soient applicables au père tuteur, ce que nous croyons inexact, ils sont évidemment contraires au droit commun et inapplicables au père, administrateur. Si le tuteur ne fait pas emploi dans le délai légal, il doit de plein droit les intérêts des deniers pupillaires. Rien de pareil pour le père, puisqu'il n'y a pas de délai pour lui.

Mais alors, d'après quels principes fixera-t-on l'étendue des obligations du père, relativement à l'emploi soit des capitaux en général, soit en particulier de l'excédant des revenus sur la dépense? — Se contentera-t-on de lui appliquer les dispositions de l'article 1996, d'après lequel le mandataire ne doit en général l'intérêt des sommes qu'il a touchées pour le mandant, qu'autant qu'il les a employées à son usage et à dater de cet emploi? Le dispensera-t-on, en conséquence, de l'obligation de tenir compte des intérêts des capitaux qu'il aurait conservés oisifs?

Ce serait se montrer trop indulgent pour le père. — L'art. 1996 ne vise que l'hypothèse, où le mandataire *n'était pas tenu* de faire emploi des sommes touchées, et devait par cela même les conserver en main pour les avoir à la disposition du mandant. — Mais, si le mandataire était tenu de placer les capitaux reçus, il est évident que, faute de l'avoir fait, il devrait des dommages-intérêts à raison de l'inexé-

nal à le droit de fixer les conditions de placement des valeurs mobilières échues aux mineurs en échange d'immeubles. (Voir le *Moniteur Judiciaire* des 29 mai et 10 novembre 1877).

cution de son obligation (art. 1991); il devrait bonifier les intérêts des sommes non employées. Or, telle est bien la position du père administrateur. Il est chargé de recevoir les capitaux pour les faire fructifier. Il est, en vertu de son mandat, tenu de faire emploi; faute de l'avoir fait, il sera responsable des dommages causés par sa négligence. — Toutefois, les tribunaux jouiront de la plus grande latitude, pour accueillir les excuses que présenterait le père, envers lequel ils ne doivent pas se montrer trop rigoureux (22).

Le père peut faire d'ailleurs tel emploi qui lui semblera utile. Si des *acquisitions d'immeubles* sont commandées par les nécessités d'une bonne administration, il pourra très valablement les faire, sans aucune autorisation (23); il pourra même les faire à *crédit*, si elles ont lieu loyalement et dans l'intérêt des mineurs. — Mais la nullité devrait être prononcée, s'il était établi que les termes, accordés par le vendeur, l'ont été, non dans l'intérêt des enfants qui pouvaient payer comptant, mais dans le propre intérêt du père, et qu'en réalité la convention, d'accord entre les parties, dissimulait sous forme d'acquisition un véritable emprunt (24).

(22) Sic : Aubry, *op. cit.*, p. 682. — Un testateur, en léguant un capital à un mineur, pourrait-il imposer au père un emploi déterminé? La question est très discutable. Le caractère d'ordre public de l'administration légale nous semble devoir faire admettre la négative.

(23) Cassation, 5 janvier 1863 (Dalloz, 63, 1, 77).

(24) Cassation, 2 mai 1865 (Dalloz, 65, 1, 365; Sirey, 65, 1, 206). — Nous croyons que le père pourrait même employer les capitaux à exercer le retrait soit de droits successifs (art. 841), soit de droits litigieux (art. 1699), malgré les chances de ces

ACCEPTATION D'UNE DONATION. — L'article 935 du Code civil dit, d'une façon générale, que les père, mère et ascendants peuvent accepter sans aucune autorisation, au nom de leur enfant ou descendant, la donation qui lui est offerte. Le père administrateur a donc sur ce point des pouvoirs plus étendus que le mari (art. 934), et que le simple tuteur (art. 463).

Le père peut aussi évidemment accepter la délivrance *d'un legs à titre particulier*, alors même qu'il s'agit d'un legs d'immeubles.

Mais nous n'admettrions pas la même solution pour la *répudiation d'une donation ou d'un legs*. Le donataire, auquel une offre est faite, a déjà presque un droit acquis. Le légataire est, d'après la loi, propriétaire du bien légué, du jour même du décès du testateur. Répudier serait, dans l'un et l'autre cas, un véritable acte de disposition. — En ce qui concerne le refus d'accepter une donation, il faut noter que la mère, et même un autre ascendant, pourraient le rendre sans valeur, en acceptant, eux-mêmes au nom du mineur la donation offerte.

Quid de L'ACCEPTATION D'UNE SUCCESSION, OU D'UN LEGS UNIVERSEL OU A TITRE UNIVERSEL ? — On sait que l'art. 461 exige pour le tuteur l'autorisation du conseil de famille, et en outre la précaution du

opérations. Un arrêt de Grenoble du 16 août 1858 (Sir. 59, 2, 289) les permet au tuteur ; mais la majorité des auteurs exige de ce dernier la consultation du conseil de famille (voir Demolombe, VII, 678).

bénéfice d'inventaire. Que dirons-nous du père administrateur ?

Pour ceux qui donnent au père tous les pouvoirs du tuteur autorisé par le conseil, la question ne présente pas de difficulté. Mais nous avons rejeté ce système. — D'après la distinction que nous avons admise suivant la nature des actes, il semble bien, au premier abord, que l'acceptation soit un acte d'administration. Le père peut accepter, dit Laurent; il n'aliène pas, il acquiert; et, l'acceptation devant se faire sous bénéfice d'inventaire, il n'en résulte aucun danger pour l'enfant (25).

Remarquons pourtant que l'acceptation, même faite sous bénéfice d'inventaire, peut devenir très onéreuse pour l'héritier, puisqu'elle lui impose l'obligation du rapport envers ses cohéritiers, et le rend, vis-à-vis des créanciers du défunt, responsable de l'administration de l'hérédité. — Puis, est-il rationnel d'admettre, avec l'art. 461 § 2, la nécessité du bénéfice d'inventaire, alors que l'on rejette l'autorisation du conseil exigée par le § 1 du même article ? — N'est-il pas plus logique alors de rejeter, comme le font quelques-uns, toute formalité, et de laisser le père agir au mieux des intérêts de l'enfant ? On évitera ainsi, s'il n'y a pas de dettes, les frais et ennuis de la liquidation difficile à laquelle est astreint l'héritier bénéficiaire (art. 793 et suivants).

La question nous semble devoir être tranchée par l'art. 776 § 2, placé au Titre des successions. Il résulte des travaux préparatoires de cet article (26), que

(25) Laurent, IV, 312.

(26) Voir ci-dessus Chap. I, § 4 in fine. Nous en avons conclu que le conseil de famille existe sous l'administration légale.

l'on a voulu protéger *tous les incapables*, et que le renvoi à l'article 461 s'applique à *tous* les mineurs en général. Nous admettrons donc ici, et *l'intervention du conseil de famille, et la nécessité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire*. — D'ailleurs, le mari administrateur de la fortune de sa femme, ne peut pas accepter pour elle. L'art. 776, § 1 exige le concours de l'un et de l'autre. C'est donc que l'acceptation d'une succession est un acte trop important et trop dangereux pour rentrer dans les limites de l'administration.

Même observation en ce qui concerne la *répudiation*. — Il y a d'ailleurs pour celle-ci un motif spécial. Renoncer c'est aliéner, puisque le droit à l'hérédité est acquis à l'enfant ipso jure dès la mort du défunt. La renonciation est donc de sa nature un acte de disposition. — En outre, le libre droit de répudiation entre les mains du père pourrait, dans certains cas, aboutir à des conséquences absolument iniques. Supposons par exemple un grand-père, qui, du vivant de son fils, lègue la quotité disponible à son petit-fils (27). Si le fils peut refuser librement le legs fait au petit-fils, ne sera-t-il pas bien tenté de le faire, afin de recueillir l'intégralité de la succession paternelle? Un pareil calcul ne serait-il pas à craindre, surtout dans le cas où le testateur aurait inséré dans son legs une clause de non usufruit? Il y a là une opposition d'intérêts,

(27) Très souvent, lorsque le fils recueille une succession testamentaire ou ab intestat, il se trouve ainsi en contrariété d'intérêts avec son père : par exemple, s'il s'agit de la succession d'un frère, d'un oncle, etc..., dont le père est héritier naturel ou cohéritier.

qui nécessite évidemment l'intervention d'un tiers désintéressé, le conseil de famille (27 *bis*).

Mais il est certains actes conservatoires ou préliminaires, que le père pourra faire sans autorisation. — C'est ainsi qu'il a été jugé (28), qu'il peut *demandeur l'envoi en possession d'un legs universel* fait au profit de ses enfants. Une telle demande, dit l'arrêt, n'est qu'un préliminaire indispensable aux opérations de la succession, n'impliquant pas acceptation, et ne compromettant pas, dès lors, la qualité du mineur qui conserve toujours le droit d'accepter le legs ou d'y renoncer.

PARTAGES. — Le père peut évidemment sans autorisation répondre à une demande en partage, puisque le tuteur lui-même en a le pouvoir (art. 465 *in fine*). — Mais pourrait-il seul provoquer un partage ?

M. Laurent soutient l'affirmative (29). Partager, dit-il, n'est pas aliéner; c'est un acte d'administration au point de vue des principes qui régissent l'administration légale.

Dire d'une façon absolue que partager n'est pas

(27 *bis*) Et en outre la nomination d'un représentant *ad hoc* pour le mineur. — Voir ci-dessous, § 3, Oppositions d'intérêts entre père et fils.

(28) Paris, 2 juillet 1865 (Sir. 65, 2, 216).

(29) IV, 312 *in fine*. Les auteurs, qui écartent tout conseil de famille en donnant au père les pouvoirs d'un tuteur autorisé, admettent naturellement le même système. — Il ne s'agit évidemment ici que du partage *d'immeubles ou d'universalités juridiques*. Car, si l'on voulait procéder seulement au partage d'un ou de plusieurs objets mobiliers, le tuteur lui-même pourrait le faire sans formalité (Aubry et Rau, § 113, 3^e *in fine*). — Voir, dans le sens de Laurent, un arrêt de la Cour de cassation belge, du 9 mars 1868 (Pasic. 1868, 2, 128).

aliéner, c'est sans aucun doute étendre beaucoup trop la portée de l'article 883. — D'autre part, l'art 818 déclare que pour tous les objets échus à la femme qui ne tombent pas en communauté, le mari administrateur des propres ne peut provoquer le partage qu'avec le concours de sa femme. Ce texte que l'on applique même au mari dotal, rapproché des articles 465 et 484 relatifs aux mineurs en tutelle ou curatelle, semble bien indiquer que le partage excède les limites de l'administration.

Mais il est un argument qui, d'après nous, tranche absolument la difficulté. C'est celui que l'on peut tirer des travaux préparatoires de l'art. 817, que nous avons cité plus haut pour établir l'existence d'un conseil de famille pendant l'administration légale⁽³⁰⁾. Bien que l'article ne parle que du tuteur, il résulte des déclarations de Treillard et de Siméon, que l'on a voulu protéger également le mineur en tutelle, et le mineur sous puissance. Il faudra donc au père l'autorisation du conseil.

Le partage se fera en justice, dans les formes déterminées par les articles 822 à 839 du Code civil, sous les modifications établies par les articles 969 à 976 du Code de procédure. — Il pourra être provisionnel (art. 840). En ce cas, il n'y aura pas besoin d'autorisation.

ACTIONS EN JUSTICE. — *En théorie pure*, il semble qu'un administrateur doive pouvoir, d'après la nature même de la mission qui lui est confiée, exercer, seul et sous sa responsabilité personnelle, toutes les actions de son administré, soit en demandant, soit

(30) Voir ci-dessus, Chap. I § 4, in fine.

en défendant, soit en poursuivant par voie d'exécution forcée la réalisation des droits qui lui compétent (31). L'exercice, l'introduction d'une demande même immobilière n'est au fond qu'un acte d'administration et de conservation. Les jugements et arrêts ne sont pas translatifs, mais uniquement déclaratifs de droits préexistants : ils ne renferment en conséquence aucune aliénation.

Pour les actions mobilières, les actions possessoires et la défense aux actions immobilières, le droit du père ne présente de doute pour personne. Le père, comme le tuteur (art. 464, *a contrario*), comme le mari (art. 1428. 2, et 1549) peut évidemment agir seul. — Mais l'introduction des actions immobilières offre plus de difficultés.

La jurisprudence et une partie de la doctrine (32) se contentent, pour établir le libre pouvoir du père, de faire le raisonnement suivant : l'article 464 n'exige pour le tuteur que l'autorisation du conseil de famille. Or, durant le mariage, il n'y a pas de conseil de famille; donc le père doit pouvoir agir seul. — Nous avons déjà montré le vice de ce raisonnement. D'une part, il y a un conseil de famille. D'autre part, pour régler les pouvoirs du père, il faut, avant tout, voir la nature de l'acte, et non pas s'en référer aux dispositions de la tutelle. — Or l'introduction d'une action immobilière est-elle un acte d'administration ou un acte de disposition?

(31) Sic : Aubry et Rau, § 114 ; Demolombe, VII, n° 711.

(32) Bourges, 11 février 1863 (Sir. 63, 2, 121) ; Besançon, 29 nov. 1864 (Sir. 65, 2, 76) ; telle est aussi la jurisprudence de la Chambre du Conseil au Tribunal de la Seine (Bertin, I, n. 613). — Sic : Marcadé, Fréminville, Oudot. — Voir aussi les motifs de l'arrêt de Bordeaux, du 2 juin 1876 (Sir. 76. 2. 330).

M. Laurent prétend que *dans le système du Code*, c'est un acte de disposition : les articles 464, 482, 1428, refusent expressément ou tacitement l'exercice de ces actions, au tuteur, au mineur émancipé, au mari administrateur des propres de la femme commune (33). — D'ailleurs le demandeur, qui succombe, dispose indirectement de la chose qui fait l'objet du litige.

Nous répondrons qu'il est, au Code, au moins un administrateur, à qui l'introduction de pareilles actions paraît permise : c'est le mari dotal (art. 1549 § 2) (34). On ne voit pas, dès lors, pourquoi le père serait moins favorisé que lui. — Le système du Code n'étant pas uniforme, il faut s'en référer à la nature même de l'acte. Or nous avons montré plus haut que l'exercice des actions en justice rentre au fond, dans la mission d'une large administration (35). — D'ailleurs la défense aux actions immobilières, qui est admise, peut, tout aussi bien que l'introduction des mêmes actions, entraîner une aliénation indirecte de l'immeuble litigieux.

Donc, le père agira toujours sans autorisation.

Autre différence avec le tuteur. Pour former

(33) Pour le mari commun, voir Paris, 22 mars 1872 ; Cassation, 22 avril 1873 (Dal. 73, 1, 428).

(34) Cela résulte des mots : poursuivre les *détenteurs* des biens dotaux. — Sic : Rodière et Pont, III, 1756 ; Troplong, IV, 3104, et Marcadé, sur l'art. 1549, 2.

(35) Il n'y a d'exception que pour *l'action en partage*, pour laquelle le législateur (817, 818) a voulu imposer une restriction au père comme au mari dotal. Voir ci-dessus, p. 315, et pour le mari, Cassation, 21 janvier 1846 (Sir. 46, 1, 263). — Le mineur a d'ailleurs, en tout cas, la ressource de la requête civile (art. 401 du Code de procédure).

une *demande tendant à la conversion en vente volontaire d'une poursuite sur saisie immobilière*, ou pour s'adjoindre à une pareille demande, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille (C. proc. art. 744, § 1). Or le père, comme tous autres administrateurs légaux du bien d'autrui (art. 744, § 3), pourra librement former cette demande, ou s'y adjoindre.

De même, si l'on admet que le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille pour faire une *surenchère sur aliénation volontaire* (36), il y aura sur ce point une nouvelle différence ; car la surenchère, constituant l'exercice d'une sorte d'action réelle immobilière (37), rentre dans les pouvoirs du père administrateur, de même que du mari dotal (38).

ACQUIESCEMENTS.— L'article 464, dit M. Laurent, met l'acquiescement sur la même ligne que l'action. Si l'on reconnaît au père administrateur le droit d'agir, on lui reconnaît par cela même le droit d'acquiescer sans autorisation du conseil de famille.

Nous ne pouvons pas admettre de plano un pareil raisonnement. Le législateur a pu très bien soumettre à des précautions analogues, en matière de tutelle, deux espèces d'actes, qui, d'après leur nature, ne présentaient peut-être pas le même caractère. L'acquiescement n'implique-t-il pas, par sa nature, le pouvoir de disposer de la chose (39) ? — La demande

(36) La question est controversée. Contra, Riom, 6 déc. 1865. (Sir. 66. 2. 325).

(37) Cassation, motifs, 16 déc. 1840 (Sir. 41, 1, 11).

(38) Aubry et Rau, § 294, notes 66 et 68, et § 535, note 8.

(39) Dalloz, *Répertoire*, V^o : Acquiescement, n^o 2. — Contra, Merlin : *Questions de droit*, V^o Acquiescement, § 18, n^o 3.

formée en justice suppose que le droit est douteux. L'article 2045, s'occupant de la transaction relativement à un droit douteux, exige, pour transiger, la capacité de disposer. Or l'acquiescement est plus préjudiciable que la transaction, puisqu'en acquiesçant on abandonne tout, tandis qu'en transigeant on obtient au moins quelque chose. Quelle est d'ailleurs l'aliénation qui ne pourrait pas être faite sous le faux semblant d'un acquiescement à une demande immobilière ? — Il est vrai qu'en défendant mal un procès une fois engagé, le père pourrait également aboutir indirectement à une aliénation de l'immeuble. Mais au moins, dans ce dernier cas, il y a la garantie de l'appréciation du tribunal saisi de l'affaire, ainsi que celle de la surveillance du ministère public. — Enfin il n'est pas, au Code, un seul administrateur, même le mari dotal (40), qui puisse acquiescer.

On pourrait peut-être distinguer l'acquiescement *avant procès*, qui est véritablement un acte de disposition et l'acquiescement *après jugement* qui n'est que la reconnaissance du bien-jugé du tribunal. — Le père, qui a l'exercice des actions immobilières, peut bien ne pas faire appel (41). Pourquoi ne pourrait-il pas, avant l'expiration des délais d'appel, reconnaître la légitimité du droit de l'adversaire. Le ju-

(40) Rodière et Pont III, 1859. — Rouen, 8 février 1842, Grenoble, 23 juillet 59 (Sir. 60. 2. 180).

(41) En matière de tutelle, le jugement doit être signifié au subrogé-tuteur (art. 444 du Code de proc.), lequel peut saisir le conseil de la question d'appel, et même appeler de son propre chef (Paris, 11 février 1874). — Ici le jugement n'est signifié qu'au père (Besançon, 29 novembre, 64 ; Sir. 65, 2, 76) ; ce qui implique pour lui un libre pouvoir d'appréciation.

gement établit une présomption en faveur de cette légitimité. Le droit n'est plus douteux. Le père à ce moment doit donc pouvoir acquiescer. — C'est dans ce sens seulement, que nous admettrions les considérants de l'arrêt de Pau du 15 juillet 1865 (42). La Cour distingue en effet l'*aliénation*, abandon d'un droit certain, et la *transaction*, abandon d'un droit douteux, de l'*acquiescement*, qui est simplement la reconnaissance que l'on est sans droit à la chose réclamée ; elle en conclut que ce dernier acte ne rentre pas dans les actes de disposition. Cela n'est exact que pour l'acquiescement après jugement.

Nous croyons également que le père pourrait se désister d'un appel qu'il aurait interjeté, dans une instance où le mineur aurait figuré soit comme demandeur soit comme défendeur ; car il pouvait seul et sans autorisation appeler ou ne point appeler du jugement (43).

§ 2. — ACTES DE DISPOSITION.

Nous avons admis que tous actes, qui, d'après leur nature ou d'après le droit commun, excèderaient les pouvoirs d'une large administration, ne pourraient être accomplis par le père, qu'en remplissant les for-

(42) Sir, 66, 2, 278. — La Cour de cassation, à laquelle cet arrêt a été déféré, s'est contentée de dire qu'il n'y a pas de conseil de famille sous l'administration légale, et que dès lors le père peut acquiescer (Cassation, 3 juin 1867 ; Sir. 67, 1, 273). Nous avons démontré l'inexactitude de cette argumentation.

(43) Sic, en matière de tutelle, Agen 15 décembre 1844 (Sir. 45, 2, 239). Comp. aussi Pau 20 déc. 52 (Sir. 1853, 2, 87). Mais la question est très discutée : Demolombe, VII, 684 et 685 ; Aubry et Rau, I, § 114 in fine et note 21.

malités imposées pour les mêmes actes au tuteur. Il nous reste à en faire l'énumération. Nous en avons déjà cité et discuté quelques-uns dans le paragraphe précédent.

1° Parmi les actes, pour lesquels on exige du tuteur la simple autorisation du conseil de famille, nous avons reconnu que seuls, *l'acceptation ou la répudiation d'une succession testamentaire ou ab intestat*, la *répudiation d'une donation ou d'un legs particulier*, le *partage*, et *l'acquiescement avant jugement à une demande immobilière*, excédaient les pouvoirs du père : et encore, en ce qui concerne l'acceptation des successions et le partage, c'est moins à titre d'actes de disposition, qu'à raison d'articles spéciaux qui leur sont applicables. — Lors donc que le père voudra accomplir un de ces actes, il devra se faire autoriser par un conseil de famille *ad hoc*.

2° Les actes qu'il nous reste à énumérer, sont ceux que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil et l'homologation du tribunal, ou même qu'il ne peut absolument pas faire (44). Il est vraisemblable à première vue que ce sont des actes de disposition.

VENTES D'IMMEUBLES. — Les ventes d'immeubles sont le type de l'acte d'aliénation. — Nous avons vu (45), que les art. 953 et 954 du Code de procédure visent tous les mineurs sans distinction. On appliquera donc à ces ventes les mêmes formalités qu'en matière de tutelle.

(44) Nous verrons dans le paragraphe suivant les *contrats entre père et fils*, qui sont prohibés entre tuteur et mineur (art. 450), quoique n'étant pas des actes de disposition.

(45) Voir ci-dessus, Chap. I, § 4, in fine.

Mais le Code de procédure ne reproduit pas la disposition de l'art. 457, indiquant les circonstances dans lesquelles l'autorisation du tribunal peut être donnée : « cette autorisation, dit 457, § 2, ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident ». — Nous croyons néanmoins devoir appliquer cette disposition, puisque nous avons admis l'extension au père des règles de la tutelle pour tous les actes d'aliénation. D'ailleurs, il y a une corrélation intime entre le Code de procédure et le Code civil, destinés à former dans leur ensemble un tout complet et homogène de législation : il est naturel de combler, au moyen de l'un, les lacunes qui se trouvent dans l'autre (46). — Il faudra donc que le père comme le tuteur présente un compte sommaire, constatant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants, et nécessitent l'aliénation. Le conseil pourra désigner les immeubles à vendre de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles. — Il est vrai que tout cela portera singulièrement atteinte au mandat de confiance du père. Mais celui-ci peut toujours, en définitive, ne pas porter à l'homologation du tribunal, une vente dont les conditions imposées lui déplairaient. Il peut même ne pas convoquer le conseil et vendre à titre de gérant d'affaire (47).

(46) Aubry, *op. cit.*, page 675. Pour soutenir le contraire, dit cet auteur, il faudrait aller jusqu'à dire que la non reproduction dans le Code de procédure du 2^e alinéa de l'art. 457, a eu pour effet d'abroger tacitement la disposition qu'il renferme, et d'en faire cesser l'application au cas même où les immeubles à vendre appartiendraient à des mineurs *en tutelle*.

(47) En se portant fort vis-à-vis des tiers ; ce qui a lieu fré-

Il y aura toutefois une différence avec la tutelle dans les formes de la vente. Comme le mineur sous puissance n'a pas de subrogé-tuteur, la disposition des articles 459 du Code civil et 962 du Code de procédure, qui exige que le subrogé-tuteur soit présent ou du moins appelé à la vente, sera de fait inexécutable. Il ne peut être question dans ce cas de nommer un tuteur ou administrateur *ad hoc* ; car les intérêts de l'enfant ne se trouvent pas en opposition avec ceux du père.

Il est bien entendu, d'ailleurs, que c'est seulement dans le cas d'aliénation *volontaire*, que l'autorisation du conseil et l'homologation judiciaire sont exigées : Il en serait autrement, s'il s'agissait : 1° d'une *licitation* ; on appliquerait alors les articles 460 du Code civil, 966 et suivants du Code de procédure ; 2° d'une *expropriation forcée* ; notons ici que l'art. 2206 serait applicable ; en ordonnant la discussion préalable des meubles, la loi a voulu protéger *tous* les mineurs ; 3° d'une *expropriation pour cause d'utilité publique*. D'après l'art. 13 de la loi de 1841, le père pourrait, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête en la chambre du Conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation, sauf au tribunal à ordonner les mesures de conservation ou de remploi nécessaires (48).

Ce que nous avons dit des ventes d'immeubles,

quemment même en matière de tutelle. Le fils ne refusera vraisemblablement pas plus tard sa ratification, si l'aliénation était nécessaire.

(48) Même procédure dans l'hypothèse de la loi du 25 juin 1865, sur les Associations Syndicales.

s'appliquerait également aux *échanges* (49), et à toutes les CONSTITUTIONS DE DROITS RÉELS, qui sont évidemment des actes de disposition, et qui, d'après le droit commun, sont assimilées aux ventes immobilières : concessions d'usufruit, de servitude ou de bail emphytéotique, aliénations de carrière, de mine, de droit de recherche ou de droit de redevance dans une mine, etc... (49 *bis*).

Il en serait ainsi spécialement des *constitutions d'hypothèques*. — L'art. 2124, dont les articles 2126 et 457 ne sont qu'une application, exige pour hypothéquer la capacité d'aliéner (50).

Quant aux EMPRUNTS, quoique nous ne trouvions pas, hors de la tutelle, un texte généralisant les dispositions de l'art. 457 à cet égard, nous n'hésitons pas à appliquer ces dispositions au père administrateur. — L'emprunt se trouve en effet placé dans l'art. 457 à côté de la vente immobilière et de la constitution d'hypothèque. Or l'une et l'autre ne peuvent être consenties par le père qu'en remplissant les conditions du tuteur. Il doit en être de même de l'emprunt. L'assimilation personnelle du père au

(49) Tribunal de la Seine, 10 janvier 1851 (Bertin, p. 550).

(49 *bis*) Les concessions de terres dans les colonies, bien que qualifiées de propriété sous condition résolutoire par un décret de 1878, sont considérées par la jurisprudence algérienne, comme des droits mobiliers ; l'aliénation des concessions appartenant à des mineurs rentre donc dans les pouvoirs du père.

(50) Quant à l'antichrèse, que l'on considérait autrefois comme une sorte d'aliénation immobilière, des arrêts récents (Cassation, 11 novembre 1873 ; Rouen 9 août 1876), le font rentrer dans *les limites d'une sage administration*.

tuteur découle ici naturellement de l'assimilation réelle des actes (51).— Emprunter n'est évidemment pas administrer (Argum., art. 484).

Quid des TRANSACTIONS? — L'art. 467 ordonne au tuteur, pour transiger, de prendre l'autorisation du conseil de famille et l'avis de trois jurisconsultes, et de faire homologuer la transaction par le tribunal. — En dehors de ce texte, nous trouvons au Code l'art. 2045 (Titre des Transactions). Le deuxième alinéa de cet article ne concerne évidemment que le tuteur. Mais le premier est général : « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». La transaction est donc un acte de disposition (52).

Mais le père peut aliéner le mobilier de son enfant. Ne pourra-t-il pas dès lors transiger en matière mobilière? — Nous ne le croyons pas; autre chose est le droit de vendre, autre chose le droit de disposer à un titre onéreux quelconque. En vendant, on peut très bien se rendre compte de la valeur de l'objet vendu; en transigeant, on ne connaît jamais exactement l'étendue des sacrifices ou des concessions réciproques qui font l'objet du contrat. Le tuteur, qui pouvait vendre les meubles avant la loi de 1880, ne pouvait pas transiger en matière mobilière, et cela non seulement en vertu de l'art. 467,

(51) Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, déjà cité, du 2 mai 1865, confirmant l'arrêt de la Cour de la Martinique du 31 août 1863 (Sir. 65, 1, 206).

(52) L'orateur Gillet, dans son Discours au Corps législatif, déclare que « la transaction ne peut être entièrement consommée par ceux qui n'ont qu'une volonté subordonnée » (Trav. prép. du Titre des Transactions).

mais encore d'après l'art. 2045, § 2. C'est donc que la transaction même mobilière présente des dangers particuliers, et mérite des formalités spéciales.

Aussi a-t-il été jugé avec raison par le tribunal de Marseille, le 12 décembre 1864 (53), que le père administrateur doit être soumis, en cette matière, à toutes les formalités de la tutelle. Peu importe, dit le jugement, que cette transaction ait seulement pour objet la réparation d'un tort ou dommage causé à l'enfant. Le père, demandant par exemple des dommages-intérêts à la suite d'un accident, agit non seulement en son nom propre, mais au nom de son fils, et s'il peut transiger sur la première de ces actions, il doit pour la seconde s'entourer des garanties légales (54).

Quant à la DONATION et au COMPROMIS qui sont absolument interdits au tuteur, il est certain qu'ils sont également prohibés en matière d'administration légale.

Un administrateur est chargé avant tout de conserver le patrimoine qui lui est confié ; il ne peut faire que des actes utiles. Or, *toute disposition à titre gratuit* est naturellement nuisible ; c'est une diminution du patrimoine sans compensation, qu'il

(53) Sirey, 65, 2, 216. — Contra : Montpellier, 30 mars 1859 (Sir. 59, 2.508) et Amiens, 1^{er} mars 1883 (Sir. 84, 2, 40). — Laurent (IV, 314 in fine) veut l'autorisation du tribunal.

(54) Mais la nullité, résultant du défaut d'accomplissement des formalités, serait couverte, si l'enfant, ayant connaissance de la transaction, avait laissé écouler 10 ans à partir de sa majorité sans l'attaquer. Agen, 17 mars 1854 (Sir : 55, 2, 247).

ne peut évidemment pas faire, même avec autorisation (55).

L'art. 1004 du Code de procédure déclare que l'on ne peut pas *compromettre* sur les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, l'art. 83 du même Code classe, parmi ces dernières, les *causes des mineurs*. L'esprit de cet article, et la comparaison des paragraphes 2 et 6, indiquent bien qu'il s'agit ici de *tous* les mineurs. Malgré ses avantages, le compromis sera donc interdit au père comme au tuteur.

Il est enfin d'autres actes qui, malgré leur caractère d'actes d'administration, sont prohibés en matière de tutelle, à raison d'une opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille. Nous verrons dans le paragraphe suivant si les mêmes prohibitions sont applicables au père.

§ 3. — OPPOSITIONS D'INTÉRÊTS ENTRE LE PÈRE ET LE FILS.

A — L'art. 450, § 3 du Code civil interdit absolument au tuteur, d'acheter les biens de son pupille (56), et de se rendre cessionnaire de créances ou de tous autres droits et actions contre le mineur. Il ne lui permet de prendre les biens du mineur à bail, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Ces règles sont-elles applicables au père ?

En ce qui concerne l'*achat de biens* du mineur et la *cession de créances* contre lui, la prohibition de

(55) Sauf, naturellement, les présents d'usage ou de légers dons rémunératoires.

(56) L'art. 1596, 2 reproduit la même prohibition. — De même la vente est prohibée entre époux.

l'art. 450 constitue une incapacité spéciale qui doit être interprétée restrictivement (arg^t. art. 1423). Toute prohibition est de droit étroit. — On prétend que l'art. 450 n'est pas une exception au droit commun; que c'est l'application de la règle générale posée à l'art 1596, § 3, aux termes duquel les mandataires ne peuvent se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre (57). — Nous répondrons que le principe général, en cette matière, c'est la *liberté d'acheter* (art. 1594) : « tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre ». L'art. 1596 n'est qu'une exception à ce principe; il doit être appliqué strictement. Or, le § 3 de cet article ne parle que du mandataire chargé de vendre; ce qui n'est pas le cas du père ou du tuteur chargés d'administrer (58). C'est pour cela sans doute que le législateur a cru devoir, à côté du § 3, mentionner spécialement le tuteur dans le § 2. Le silence du texte sur le père administrateur peut très bien s'interpréter dans le sens d'une faveur, que justifie suffisamment l'esprit de confiance qui a dicté l'art. 389. — D'ailleurs, nous admettrons pour ce contrat l'intervention d'un *mandataire ad hoc* : le père ne figurant pas dès lors à la vente comme représentant de son enfant, il ne peut plus être considéré comme un mandataire chargé de vendre les biens qu'il se propose d'acquérir, et la disposition précitée lui est inapplicable (59).

(57) Sic : Demolombe, IV, 441. — Voir Pothier, *Vente*, n° 13.

(58) Par le mandat d'aliéner, le propriétaire a donné au mandataire la faculté de fixer les conditions de la vente; ce qui n'a pas lieu dans le mandat d'administrer. — Cassation, 8 déc. 1862 (Dal. 63, 1, 42).

(59) Sic : Laurent, IV, 316; Aubry et Rau, § 123, note 42; Bordeaux, 3 janvier 1849 (Sir. 52, 2, 304). — M. Valette, *hostile*

Quant au *bail*, qui est un simple acte d'administration, le conseil de famille n'aura pas à intervenir pour autoriser sa passation ; elle se fera également par l'intermédiaire d'un mandataire adhoc (60).

B — Nous venons de parler de *mandataire ad hoc*. Ceci nous amène à résoudre la question générale des *oppositions d'intérêts entre le père et le fils*.

Toute personne dont les biens sont gérés par un administrateur peut être avec lui en opposition d'intérêts. Il y a intérêts opposés, lorsque le mandataire et le mandant se trouvent l'un envers l'autre dans la position respective de contractants, ou de plaideurs (61), ou même quand l'un est appelé comme légataire, l'autre comme héritier à la succession d'une même personne (62). — La vieille maxime « *Nemo potest auctor esse in rem suam* » exige, dans ce cas, la nomination d'un gérant spécial, dont les intérêts ne soient pas en jeu. Cette maxime n'est que l'expression d'une vérité absolue et si évidente, qu'elle n'a pas besoin d'être écrite dans la loi. Est-ce qu'on peut jamais être juge et témoin dans sa propre cause?

en principe à la validité de la vente, indique cependant quelques cas où il la permet : cas où le père a une hypothèque sur les biens du mineur, cas où le père et le fils sont copropriétaires.

(60) Mais, en fait, le conseil de famille interviendra pour nommer ce mandataire.

(61) Comp. Agen, 26 mai 1864 (Sir. 64, 2, 131).

(62) Douai, 5 juill. 1878 (Sir. 80, 2, 8). Conf. Cassation, 5 juillet 1847 (Dal. 48, 1, 148). Ce dernier arrêt décide que le père peut représenter son enfant dans une instance en nullité de testament, bien que l'enfant soit légataire et le père héritier. C'est que dans l'espèce, le père concluait contre un tiers, au maintien du testament, tant en son nom personnel qu'au nom de l'enfant. Il n'y avait donc pas opposition d'intérêts. Il en eût été autrement, si le père avait soutenu la nullité du testament.

Est-ce qu'il est possible de confier la protection d'une personne incapable à son propre adversaire ? Est-ce que la même personne peut jouer à la fois le rôle d'acheteur et de vendeur de la même chose (63) ? Il faut donc au mineur un représentant spécial.

En matière de tutelle, le subrogé-tuteur est nommé précisément afin d'agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux de son tuteur (art. 420). C'est là une de ses principales fonctions, à côté de ses fonctions de surveillance et de contrôle général sur l'administration du tuteur.

Nous avons écarté l'existence d'une subrogée-tutelle permanente en matière d'administration légale. La loi ne veut pas de surveillant autre que la mère ; le mineur a d'ailleurs rarement des biens personnels, et le plus souvent ses intérêts ne sont pas contraires à ceux de ses père et mère.

Si pourtant l'hypothèse se présentait, il faudrait bien, en vertu du principe ci-dessus posé, nommer au mineur un *mandataire ad hoc*, chargé de représenter ses intérêts. La loi elle-même nous en donne

(63) On pourrait objecter que le mari, chargé d'autoriser sa femme incapable, peut bien l'autoriser à contracter avec lui-même (au moins dans le système qui admet la validité des contrats entre époux). Il est donc auctor in rem suam. — Mais le principe « Nemo potest... », suppose, pour être applicable, qu'il s'agit d'une personne *incapable* dont il faut *garantir les intérêts* en opposition avec ceux du représentant ou de l'autorisant ; or, l'autorisation du mari n'est pas faite pour garantir les intérêts de la femme, capable d'y veiller elle-même, mais pour *habiliter à contracter* l'épouse, légalement incapable d'agir à raison de la puissance maritale. Son but est bien plutôt la protection des droits du mari, que la protection des intérêts de la femme. — Il n'en est pas de même en matière de tutelle ou d'administration légale.

un exemple dans l'art. 318, en matière de désaveu. « L'action en désaveu, dit cet article, sera dirigée « contre un *tuteur ad hoc* donné à l'enfant en présence de la mère ». — Ce n'est là qu'une application de la règle générale; mais cette application doit être étendue à toutes les hypothèses analogues d'opposition d'intérêts entre père et fils pendant le mariage (64).

C — Mais *quel sera le nom de ce représentant ?* — La doctrine se sert généralement de l'expression de *tuteur ad hoc*; quelques auteurs disent *subrogé-tuteur ad hoc* ou *curateur ad hoc*; enfin plusieurs décisions de jurisprudence ont adopté la dénomination d'*administrateur ad hoc*.

Ce n'est pas là, comme on pourrait le croire, une simple question de mots. — Si ce représentant du mineur est un vrai tuteur, il faudra lui adjoindre un subrogé-tuteur, au moins dans les hypothèses où la loi exige le concours du subrogé-tuteur et du tuteur, spécialement dans les cas prévus par les articles 444, 962 et 972 du Code de procédure (65). L'absence de

(64) Sauf, évidemment, à ne pas exiger la *présence de la mère*, laquelle est motivée dans l'art. 318 par la nature spéciale de l'action à intenter. — L'art. 838 est encore une application de cette idée, que la même personne ne peut pas être chargée de gérer à la fois deux intérêts opposés : si, dans un partage, il y a, parmi les cohéritiers, des mineurs ayant des intérêts opposés, il doit leur être donné à chacun un tuteur particulier et spécial.

(65) On admet, en général, que, lorsque le subrogé-tuteur, dans une tutelle ordinaire, remplace le tuteur à raison d'une opposition d'intérêts entre celui-ci et le mineur, il faut nommer un subrogé-tuteur *ad hoc*, sinon dans tous les cas (voir pourtant Laurent, IV, n° 427; et Paris, 11 mars 1843), au moins dans le cas des art. 444, 962 et 972. Conf. Lyon, 5 juillet 1877, (*Moniteur Judiciaire* du 25 août 1877).

ce subrogé-tuteur entraînera la nullité des actes accomplis (66).

Un arrêt de Bordeaux du 19 mars 1875 (67) a admis ce système, avec les graves conséquences qui en sont la suite. Il soutient que la nomination d'un simple administrateur ne garantit pas assez le mineur, qu'il faut, en cette circonstance, des mesures protectrices que l'on ne saurait multiplier; que la loi n'a organisé nulle part l'administration ad hoc, et que l'article 318 au contraire parle de tutelle ad hoc. — En conséquence, il exige la nomination d'un *subrogé-tuteur ad hoc* auquel il faudra signifier, en même temps qu'au *tuteur ad hoc*, le jugement rendu entre ce dernier et le père. C'est seulement à partir de cette signification que courra le délai d'appel contre le mineur. Il n'est pas possible, dit l'arrêt, qu'une seule signification soit suffisante pour un mineur plaidant contre son père administrateur, alors qu'une double signification est nécessaire, si l'adversaire du mineur est un étranger, ou même son tuteur (68). — Par suite encore, l'arrêt annule la vente judiciaire et la licitation d'immeubles, poursuivies par le représentant ad hoc hors la présence d'un subrogé-tuteur ad hoc.

(66) De ce que ce tuteur serait un vrai tuteur, il ne faudrait pas conclure que ses biens seraient soumis à l'hypothèque légale. La loi semble, en effet, n'établir l'hypothèque que sur les biens des tuteurs qui ont une manutention de deniers ou de valeurs. Il n'y a pas d'hypothèque grevant le tuteur à la substitution, le tuteur officieux quand il ne gère pas, ou le subrogé-tuteur ordinaire quand il remplace le tuteur dans le cas de l'art. 420.

(67) Sir. 76, 2, 97, et la note de Labbé.

(68) Voir note 65.

La Cour de Paris, dans deux arrêts des 9 janvier 1874 et [5 avril 1876 (69), a décidé au contraire, qu'il fallait seulement nommer un *administrateur* ou *curateur ad hoc* ; et la Cour de Bordeaux, revenant sur sa jurisprudence de l'année précédente, dans une affaire de tierce-opposition à son arrêt de 1875, a fini par admettre l'inutilité de la nomination d'un subrogé-tuteur *ad hoc* (arrêt du 2 juin 1876) (70). Enfin, sur le pourvoi formé contre cette dernière décision, la Cour de cassation, a consacré la même solution, à la date du 14 janvier 1878 (71).

Ce système nous paraît en effet préférable. — Les quatre arrêts précités insistent sur la différence qui existe entre l'administration du père et la tutelle. On ne peut pas, disent-ils, par l'extension de l'art. 444 du C. de proc., soumettre à une règle commune, deux institutions essentiellement différentes par leur nature, leur principe et leurs effets. — Le représentant *ad hoc*, nommé pendant le mariage, ne possède pas la qualité et n'est pas revêtu des fonctions de tuteur, puisqu'il ne peut pas y avoir de tutelle pendant le mariage. Il prend seulement les lieu et place du père, pour l'objet spécial et particulier pour lequel il est désigné : l'administration légale ne

(69) Sir. 74, 2, 85 ; Sir. 76, 2, 331.

(70) Sir. 76, 2, 330.

(71) Sir. 78, 1, 278, et le rapport de M. Petit. — Voir aussi, dans Dalloz, la note sous Bordeaux (Dall. 77, 2, 25). — Dans l'hypothèse de l'arrêt plus loin cité de Douai, 5 juillet 1878 (Sir. 80, 2, 8), le représentant nommé est également qualifié d'*administrateur ad hoc*. — La question n'est pas discutée par les auteurs, qui admettent en général la qualité de *tuteur ad hoc*, sans en prévoir les conséquences. Laurent, IV, n° 310 ; Demolombe, VI, n° 422 ; Aubry et Rau, § 123, note 7.

comportant pas l'adjonction d'un représentant secondaire des mineurs assimilable au subrogé-tuteur, il doit en être de même de l'administration ad hoc. — Comment, d'ailleurs, admettre la double protection demandée, et les *nullités* prétendues, lorsqu'aucun texte ne permet ici ce surcroît de formalités? Une déchéance ou une nullité ne doit résulter que d'une disposition précise. — Quant à l'art. 318, (pas plus que l'art. 838), il ne prévoit pas la nomination d'un pareil subrogé-tuteur, et tout le monde semble d'accord pour ne pas admettre la nécessité de son adjonction au tuteur ad hoc et à la mère (72). Il est vrai qu'il emploie le mot « tuteur ». Mais peu importe le mot, si la chose même est distincte.

D — *Par qui cet administrateur ad hoc sera-t-il nommé? Par le tribunal, ou par le conseil de famille?*

La Cour de Paris, dans l'arrêt précité du 9 janvier 1874 (73), a jugé que la nomination appartenait au *tribunal*, suivant en cela la jurisprudence antérieure de la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine (20 janvier 1854 et 14 déc. 1863). — On invoque dans ce sens l'absence complète de conseil de famille pendant l'administration légale. Dès lors, dit-on, il appartient aux tribunaux de pourvoir au remplacement du père empêché, et de faire choix d'un administrateur ad hoc, pour représenter en justice le mineur incapable.

(72) Voir Demolombe, V, n. 171. — Colmar, 14 juin 1832 (Sir. 33, 2, 39).

(73) La même solution résulte de l'arrêt de la même Cour, du 5 avril 1876; en fait, la nomination émanait du tribunal, sans que la question eût été discutée. — Sic, Laurent, IV, 310; Kéguelin de Rozières, *op. cit.*, p. 78

Nous croyons, au contraire, que la nomination appartient au *conseil de famille* (74). — Nous avons, en effet, admis en général la convocation d'un conseil de famille ad hoc, dans tous les cas qui excèdent les pouvoirs d'administration du père (74 bis). Un conseil est seul en mesure ici de désigner la personne qui, d'après le caractère de ses relations avec le père de famille et avec la famille elle-même, peut utilement remplir les fonctions de tuteur spécial. Vouloir reconnaître aux tribunaux le droit de nomination, même dans le cas où ils ne sont pas saisis autrement de l'affaire (75), c'est leur donner un droit d'intervention et de haute tutelle qui n'est établi nulle part; c'est en outre leur « permettre « d'initier aux affaires des familles, des personnes « étrangères à ces familles, et les mettre dans l'alternative, soit d'accepter un choix proposé par « les intéressés et ne présentant pas dès lors des « garanties suffisantes, soit d'imposer arbitrairement une charge civique. » (Meaux, 20 nov. 1873). — La marche tracée par l'art. 421 et par l'art. 968 s'impose donc ici virtuellement: la mission de l'ad-

(74) Sic : Meaux, 20 nov. 1873; Douai, 5 juillet 1878 (Sir. 80, 2, 8). Dans l'hypothèse des arrêts de Bordeaux précités, c'était aussi le conseil de famille qui avait nommé l'administrateur ad hoc, et l'on ne contestait pas la validité de la nomination. — Voir aussi : Turin 9 janvier 1811 (Sir. XI, 2, 184). — Sic : Aubry et Rau et Demolombe.

(74 bis) Voir ci-dessus, Chap. I, § 4.

(75) Notamment en cas de contrat à passer entre père et fils. — S'il s'agit d'une opposition d'intérêts, se produisant dans une instance ou dans un partage dont la justice serait saisie, on comprend mieux la nomination par le tribunal. Mais il faut une solution s'appliquant à tous les cas.

administrateur ad hoc est absolument la même que celle des tuteurs spéciaux nommés à plusieurs mineurs copartageants (art. 838); elle est la même que celle du subrogé-tuteur, en tant qu'il agit au nom du mineur en remplacement du tuteur; ses pouvoirs doivent donc avoir la même origine puisqu'ils ont la même nature, et tendent aux mêmes fins. — D'ailleurs, dans l'hypothèse de l'art. 318, on est d'accord pour reconnaître, que le tuteur ad hoc de l'enfant désavoué doit être nommé par le conseil de famille (76). Pourquoi en serait-il autrement dans les autres cas d'opposition d'intérêts entre le père et le fils pendant le mariage ?

E. — *Par qui la nomination pourra-t-elle être provoquée ?*

Le plus souvent c'est *le père* lui-même, qui demandera au juge de paix la convocation du conseil de famille, chargé de nommer l'administrateur ad hoc. — Il le fera évidemment, lorsqu'il voudra *contracter* avec le mineur, afin d'éviter de faire un acte nul. — De même, pour *plaider* contre son fils, il lui faudra bien, au préalable, remplir cette formalité ; et si, dans une instance ou un partage judiciaire avec d'autres que le mineur, le tribunal saisi s'apercevait d'une contrariété d'intérêts entre père et fils, il pourrait ordonner la convoca-

(76) Cassation, 9 mai 1864, 19 août 1872, 24 nov. 1880 (Sir. 81, 1, 65). — Dijon, 24 janvier 1872 (Sir. 72. 2, 4). — Tours, 13 mai 1875 sous Cassation 18 août 1879 (Sir. 80, 1, 342). Ce dernier arrêt admet même que la nullité, résultant de la nomination par le tribunal, est d'ordre public, et opposable en tout état de cause.

tion d'un conseil pour procéder à cette nomination.

Mais quid, s'il s'agit par exemple d'une succession dans laquelle le père et le fils sont seuls héritiers; ou encore d'une succession dans laquelle le fils est légataire universel, et le père seul héritier du sang réservataire ou non réservataire? — On peut craindre l'inaction du père. L'enfant pourrait être tenu arbitrairement dans l'indivision, alors que son intérêt serait de demander le partage ou la liquidation. — Dans le cas même où le père ne serait pas héritier réservataire, il pourrait arriver qu'il s'emparât de la succession comme seul héritier du sang, en dépit du testament du de cujus.

Ne faut-il pas permettre alors aux diverses personnes mentionnées dans l'art. 406, de requérir la convocation du conseil de famille? — La Cour de Douai l'a admis sans discussion dans son arrêt du 5 juillet 1878.

La question nous paraît fort délicate. — Si l'on admet, en effet, l'intervention *d'un tiers* ou même la convocation *d'office* (77) par le juge de paix, que devient le principe que nous avons posé de *l'indépendance du père*? Le conseil de famille ne sera-t-il pas appelé à exercer une véritable surveillance, contraire aux intentions du Tribunat? Et n'y aura-t-il pas là un argument très puissant, pour venir dire ensuite qu'il pourra même destituer le père? Si, à raison de l'opposition d'intérêts, le conseil peut ainsi se réunir pour nommer un administrateur ad hoc, pourquoi ne pas permettre aux parents de de-

(77) Dans le cas de l'art. 318, le père requiert évidemment lui-même la convocation, puisqu'il a un délai limité pour agir contre le tuteur qui sera nommé.

mander aussi sa convocation, lorsque l'intérêt du mineur est encore bien plus en souffrance, lorsque le père est incapable, infidèle ou dissipateur ? — D'ailleurs le danger de la négative est moins grand qu'on ne le croirait d'abord. Nous avons admis en effet, que le père ne peut accepter ou répudier pour son fils qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; le droit d'acceptation ou de répudiation du fils ne sera donc pas entamé, et sera maintenu intact pour plus tard. D'autre part, nous allons voir que la prescription ne court pas contre le mineur au profit de son père. Le fils restera donc en état d'indivision avec son père. — Cet état peut être fâcheux pour le mineur ; il est certainement contraire à l'intention du testateur. Mais quoi de plus fâcheux et de plus contraire à cette intention, que l'impossibilité de destituer un père incapable ou prodigue. Et pourtant, nous admettrons plus loin cette impossibilité. — Les deux questions se touchent de près : si le père refuse d'agir dans l'hypothèse présente, il est vraisemblablement un administrateur infidèle : il faut le destituer. Comment admettre ici l'intervention directe du conseil de famille, alors que nous l'écartons plus loin ?

Nous dirons donc que *le père seul* pourra requérir la convocation du conseil, (ou saisir le tribunal, si l'on admet la compétence de ce dernier).

F — Reste une dernière controverse, qui trouve naturellement sa place ici ; c'est la *question de prescription entre père et fils*.

a/ D'après l'art. 2252, la prescription ne court pas contre les mineurs.

L'article est général ; il s'applique évidemment au mineur en puissance.

Mais il est des prescriptions susceptibles de courir dans certains cas exceptionnels. Quid de ces dernières ?

Nous admettrons d'une façon générale que le père ne pourra invoquer contre son enfant le bénéfice d'*aucune déchéance ou prescription*, lorsque le délai dans lequel l'action de ce dernier devait être introduite est expiré pendant la durée de l'administration légale (103). On peut dire en effet du père aussi bien que du tuteur : *a se ipso exigere debuit*.

b/ Si à l'inverse le père administrateur était créancier du mineur, la prescription courrait-elle *contre lui* ? — L'affirmative doit être admise ; car le père ne figure pas dans l'énumération des personnes auxquelles la prescription n'est pas opposable ; l'art. 2251 trouve donc ici son application. — On a soutenu la négative. Il est, dit-on, de l'intérêt du mineur, que son père ne le poursuive pas. Si on laisse courir la prescription, on contraint par cela même le père à exercer des poursuites contre son enfant, et l'on arrive à léser des intérêts pour avoir voulu trop bien les défendre. — Malgré ces considérations, nous croyons l'art. 2251 trop formel, pour qu'on puisse suspendre la prescription (104).

(103) Ou même après sa cessation, tant que sans rendre compte le père a conservé en fait cette administration. — Aubry et Rau, § 123, note 46.

(104) Laurent, V, n° 58 ; Aubry et Rau, I, § 116, note 13.

§ 4. — DES NULLITÉS.

Nous serons très brefs sur ce point.

Dans toutes les hypothèses, où nous avons admis la nécessité de certaines formalités empruntées à la tutelle, l'absence de ces formalités produira absolument les mêmes effets qu'en matière de tutelle, soit dans les rapports du père et du mineur, soit dans leurs rapports avec les tiers. Nous renvoyons donc purement et simplement aux règles de la tutelle, et aux controverses qu'elles soulèvent (105).

(105) Voir, pour l'appréciation de la responsabilité du père, le § 2 du chapitre suivant.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Droits et obligations du père à la fin de l'administration légale.

§ 1. — REDDITION DE COMPTE.

L'article 1993 du Code civil pose le principe général, que « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion ». — L'article 389 en fait l'application spéciale à notre matière : le père est un *administrateur comptable*. Il sera donc, en principe, soumis aux règles du droit commun en matière de compte. Comparons-le, à cet égard, avec le tuteur, et voyons quelles règles du compte de tutelle lui sont ou ne lui sont pas applicables.

A — Nous appliquerons sans difficulté au père les articles 469, 471 § 2, et 473, qui ne présentent rien d'exceptionnel (1). — Le père rendra compte à la fin de sa gestion. — La reddition se fera aux frais du mineur ; on y allouera au père toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet a été utile. — Si le compte donne lieu à des contestations, elles

(1) Quant à l'art. 470, qui admet la présentation d'états de situation pendant le cours de la tutelle, il ne peut être question de l'appliquer ici, puisque le père tuteur lui-même en est dispensé. Il n'y a d'ailleurs, pendant l'administration légale, ni conseil de famille pour fixer les époques de présentation de ces états, ni subrogé tuteur pour les recevoir.

seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile (2).

Mais, à la différence du tuteur, le père ne devra pas avancer les frais du compte. La disposition de l'art. 471, § 1 est certainement exceptionnelle de sa nature. — On objecte, il est vrai, que les raisons sont les mêmes de part et d'autre, et que, l'administration n'étant pas entourée de garanties réelles comme la tutelle, on devrait exiger *a fortiori* cette avance, afin de mieux assurer la reddition de comptes, seule sauvegarde de l'enfant. — Malgré l'excellence de ces motifs, nous n'admettons pas plus ici l'argument *a fortiori* (3), que nous n'avons admis ailleurs l'argument d'analogie. L'avance des frais par le comptable est exorbitante du droit commun, et l'on ne peut pas en l'absence d'un texte consacrer une exception.

L'application des articles 472, 474 et 475 soulève également de graves controverses.

B — Nous n'appliquerons pas l'art. 472. Cet article annule tout traité passé entre tuteur et mineur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte dix jours au moins avant le traité.

(2) Les *Tribunaux de famille*, créés par la loi de 1790 pour régler les contestations entre père et enfants, n'ont pas été admis par le Code, bien que la proposition en eût été faite au Conseil d'Etat. — Le tribunal compétent sera celui du domicile du père, et non celui du lieu d'ouverture de l'administration légale (art. 527, C. proc., et différence avec la tutelle).

(3) Nous avons écarté d'une façon générale l'argument *a fortiori* défavorable au père. Voir ci-dessus p. 262.

L'article 472 est évidemment exceptionnel, puisqu'il prononce la nullité d'un contrat, qui serait valable entre tous autres, d'après le droit commun.

Considéré comme soumettant le compte à des formes spéciales et rigoureuses, il déroge au principe, que la forme ne constitue pas, en droit français, une des conditions nécessaires à la validité des conventions.

Considéré comme fondé sur une présomption de dol, il déroge au principe que le dol ne se présume pas et doit être prouvé (1108 et 1116). — Les précautions qu'il édicte sont inspirées par un esprit de défiance contre le tuteur; elles sont donc contraires aux motifs de faveur sur lesquels est fondé l'article 389.

Enfin, il est une considération de fait qui doit également faire rejeter l'application de l'art. 472:

L'analogie, qui peut bien exister à certains égards entre les deux comptes, est loin d'être complète. Les comptes de tutelle sont souvent difficiles et compliqués; l'utilité de l'art. 472 se fait alors plus généralement sentir. Au contraire, l'enfant pendant le mariage n'a pas ordinairement de biens considérables; l'administration paternelle ne présente pas en général des universalités; dès lors les précautions exigées par l'art. 472 paraissent peut-être moins nécessaires.

La jurisprudence et la majorité des auteurs semblent aujourd'hui ralliés à cette thèse (4).

C — Nous écartons également l'art. 474, § 1: « La

(4) Agen, 17 mars 1854 (Sir. 54, 2, 247); Aix, 9 nov. 1864 (Sir. 65, 2, 106); Cassation, 30 janv. 1866 (Sir. 66, 1, 204.) — En ce sens, Demolombe, VI, 438 et 455; Aubry et Rau, I, p. 509; Laurent, IV, § 318. — Voir aussi les motifs de l'arrêt de Bordeaux du 2 juin 1876 (Sir. 76, 2, 330).

« somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le
« tuteur, portera intérêt sans demande, à compter
« de la clôture du compte ».

Cet article déroge à la fois, et à l'art. 1153, d'après lequel les intérêts ne sont dus, en général, que du jour de la demande, et à l'article 1996, qui déclare que le mandataire, en particulier, ne doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire qu'à compter de sa mise en demeure.

Nous dirons que le père, comme tout mandataire, ne devra l'intérêt du compte que du jour de la mise en demeure (5).

Quant au § 2 du même article, qui exige, pour faire courir les intérêts au profit du tuteur, une sommation de payer, il semble que l'analogie est si frappante qu'on devrait l'appliquer au père. Néanmoins, les principes nous obligent d'admettre, que le fils devra les intérêts de plein droit du jour de la reddition de compte, laquelle forme pour lui la constatation des avances faites par le père, son mandataire légal (art. 2001).

D — Quant à l'article 475, qui réduit à 10 ans la durée de l'action en reddition de compte du mineur contre le tuteur, il nous semble inapplicable comme dérogeant à la règle générale posée par l'art. 2262 : Toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par 30 ans.

Sans doute, on pourrait invoquer ici un argument à fortiori, et dire que le père doit au moins être traité aussi favorablement que le tuteur. — Mais le motif

(5) Sic : Demolombe, VI, 456; Aubry et Rau, I, § 123, note 50; Laurent, IV, n° 319.

même qui a fait introduire l'art. 475 s'oppose à ce qu'il soit étendu. La tutelle est une charge lourde, imposée gratuitement à un étranger, et grevant ses biens d'une hypothèque générale. Il était juste de faire cesser ces conditions onéreuses le plus tôt possible. — L'administrateur légal remplit au contraire un devoir de famille; il n'a pas les charges de la tutelle; il est juste qu'il n'en ait pas non plus les avantages spéciaux, et que, n'étant qu'un administrateur, il soit traité sous ce rapport comme le sont les autres administrateurs et mandataires.

D'ailleurs, ajoute M. Demolombe, il est toujours difficile, et quelquefois même impossible pour un enfant de demander des comptes à son père; il y aurait dès lors quelque chose de très dur dans une disposition, qui mettrait l'enfant dans l'alternative, ou d'offenser son père et de s'attirer peut-être son ressentiment, ou de se voir déchu de ses droits. — Il est vrai que l'art. 475 s'applique au père tuteur, ce qui diminue singulièrement la portée des considérations morales de M. Demolombe. — En législation, il y aurait lieu peut-être d'assimiler à ce point de vue le père tuteur et le père administrateur. Mais la loi ne l'a pas fait. L'action durera 30 ans (6).

§ 2. — APPRÉCIATION DE LA RESPONSABILITÉ DU PÈRE.

Nous avons étudié les règles pour ainsi dire extrinsèques de la reddition de compte, et nous

(6) Demolombe VI, 457; Aubry et Rau, § 123, note 51; Laurent, IV, n° 349. — Après la fin de l'administration légale, le père ou ses héritiers sont tenus de pourvoir provisoirement à ce que les circonstances exigent (art. 2010 et 419). Demolombe, VIII, 13, 18 et suivants.

avons admis d'une façon générale, que le père, à cet égard, était, à la différence du tuteur, soumis au droit commun des mandataires (7).

Il importe, maintenant, de fixer l'étendue de sa responsabilité dans l'accomplissement des actes qui auront servi à former les éléments du compte.— Sous ce rapport, dit Laurent, il y a analogie complète entre le père et le tuteur; car la responsabilité du tuteur n'est que l'application du principe général posé par l'art. 1137 : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose soumet celui qui en est chargé à y apporter les soins d'un bon père de famille ». — Le père est dispensé de toutes les garanties que la loi exige du tuteur. Ses pouvoirs sont plus étendus. Raison de plus pour qu'il gère les intérêts de l'enfant avec toute la sollicitude que le législateur attend de son affection.

Comme tout mandataire (art. 1992), « il répond, non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet (8) dans sa gestion ». Comme le tuteur (art. 450, 2), il doit « administrer en bon père de famille et répondre des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion ». — Il ne s'agit plus ici de mesures préventives ou de contrôle, mais de dispositions répressives ou de réparation, et l'on ne voit pas pourquoi il serait, en ce qui concerne la responsabilité, dans une situation plus favorable que le tuteur. — Ce sera toujours d'ailleurs une question de fait, abandonnée à l'appréciation souveraine des magistrats, qui devront se souvenir que

(7) La clause d'un testateur établissant une dispense de reddition de compte serait nulle.

(8) Voir pour le mari les articles 1428, § 4 et 1562.

le père remplit une charge gratuite (art. 1992), une fonction qu'il n'a pu refuser (art. 1370). — Sa responsabilité sera appréciée, suivant les cas, tantôt *in abstracto*, tantôt *in concreto*. Il répondra toujours de sa faute *grave*, en général de sa faute *légère*, et parfois de sa faute *très légère* (si son aptitude personnelle est supérieure). — La loi a d'ailleurs établi d'avance, dans certaines hypothèses, l'étendue de sa responsabilité (voir notamment l'art. 132 du Code de proc. civ.) (9).

On pourrait même se demander, s'il ne serait pas, suivant les cas, passible de l'art 408 du Code pénal, pour *détournement* ou *dissipation* des valeurs appartenant à son fils (10). — Mais il nous semble que l'esprit (11), sinon le texte de l'art. 380 du même Code, édicté en matière de soustraction frauduleuse, s'oppose à l'application de toute peine pour délits de ce genre, commis par le père à l'égard de ses enfants (12).

(9) Les articles 1663 et 2278 sont également applicables.

(10) La Cour de cassation a appliqué cet article au tuteur (arrêt du 10 août 1850; Sir. 50, 1, 695). Mais elle a refusé de l'appliquer à la veuve vis-à-vis de la succession du défunt (arrêt du 28 avril 1866).

(11) L'intention du législateur était d'appliquer l'article 380 à toutes les atteintes à la propriété (*Discours de Faure et de Louvet au Corps législatif*; Loqué, tome 31, p. 141 et 170).

(12) C'est un principe que les peines sont de droit strict. — Le tribunal de Bellac, 4 août 1881 (Sir. 82, 2, 70) en a fait, à un autre point de vue, une récente application. Il a jugé, qu'à défaut de déclaration à la régie des biens échus par décès au mineur, le père administrateur n'est pas tenu de la pénalité édictée pour les tuteurs et curateurs par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an VII. — La Cour de cassation, 10 nov. 1874 (Sir. 75, 1, 132) avait déjà refusé d'étendre l'art. 39 au mari. — Contra, Naquet, *Traité des droits d'enregistrement*, III, n. 1238.

La réparation sera donc purement civile. — Mais ici se place la question de savoir si, pour assurer l'exécution de ces obligations pécuniaires du père, le fils n'a pas, sur les biens de celui-ci, une hypothèque légale analogue à celle du mineur sur les biens du tuteur.

§ 3. — QUESTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Les biens du père administrateur sont-ils grevés d'une hypothèque légale? La question a été jadis vivement discutée. Aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour la résoudre dans le sens de la négative (13).

Nous avons admis que l'administration légale n'est pas une tutelle, et que par suite elle n'est pas soumise en général aux garanties établies contre le tuteur (13 *bis*). — En ce qui concerne spécialement l'hypothèque *légale*, comment pourrait-elle exister *sans loi*? L'article 2115 déclare que l'hypothèque n'a lieu que dans les cas déterminés par la loi. L'article 2117 ajoute que l'hypothèque légale est celle qui résulte

(13) Le dernier arrêt sur la matière est du 3 janvier 1863, Toulouse (Sir. 63, 2, 191). Mais, en tant qu'héritier d'une sœur consanguine issue d'un premier lit, qui avait hypothèque légale du jour où le père commun était devenu son tuteur, l'enfant sous puissance pourra faire inscrire l'hypothèque de sa sœur pour la garantie de la part qu'il doit recueillir dans la succession qui lui est dévolue (voir l'arrêt déjà cité de Bordeaux, 19 mars 1875).

(13 *bis*) Voir ci-dessus, Chap. I^{er}, § 3.

de la loi. Or, l'art. 2121 n'établit une hypothèque que sur les biens du tuteur, et le père pendant le mariage n'est pas tuteur.

D'ailleurs, dans le système adverse, il y aurait impossibilité d'appliquer au père plusieurs articles du Titre des hypothèques écrits en vue du tuteur, notamment les articles 2137, 2138, 2143, 2194. — Comment, en outre, en déterminer le rang (art. 2135)? Daterait-elle du jour de la naissance de l'enfant, ou du jour où il aurait des biens ? — Enfin il y aurait un inconvénient économique très grave à affecter ainsi le crédit du père, déjà grevé de l'hypothèque légale de la femme.

Nous n'insistons pas d'avantage sur cette réfutation, puisque la question n'est plus aujourd'hui discutée.

Mais ce que le législateur n'a pas fait, les parties intéressées pourraient-elles le faire ?

Il y a premier cas où la négative est certaine. — Un legs est fait au mineur. *L'héritier débiteur du legs* peut-il exiger que le père administrateur consente une hypothèque sur ses biens, pour la sécurité de l'enfant légataire ou pour la sienne propre ? — La Cour de Toulouse (25 février 1845) a décidé avec raison la négative. Le débiteur du legs n'a pas besoin de garantie, puisqu'il paie valablement entre les mains du père administrateur ; et, quant à l'enfant, il n'a en principe aucun droit à cette garantie hypothécaire. La Cour ordonna donc la radiation de l'inscription à laquelle le père avait d'abord consenti. — Le père ne peut pas se soumettre volontairement à l'hypothèque, parce que ce serait déroger à la puissance paternelle. Cette puissance est d'ordre public ; les conventions particulières ne sauraient

déroger à une dispense établie par le législateur (14).

La question est plus délicate, quand c'est le *testateur* lui-même qui, en faisant un legs au mineur, exige que le père administrateur donne une garantie hypothécaire. La Cour de cassation (15) a validé cette clause. — Pour nous, qui n'admettons pas que le testateur puisse priver le père de l'administration, nous ne pouvons permettre qu'il lui impose des garanties. L'administration légale est d'ordre public, et c'est pour des motifs d'ordre public que la loi ne frappe pas les biens du père d'une hypothèque légale. — D'ailleurs, les biens de l'enfant pendant le mariage viennent presque toujours de dons ou legs. Si le donateur ou le testateur pouvaient forcer le père à donner une hypothèque conventionnelle, que deviendrait la disposition de la loi qui l'affranchit de l'hypothèque légale? — Le législateur a eu confiance dans le père; comment un particulier pourrait-il répudier cette confiance, et exiger une sûreté réelle? Cela est inadmissible dans le système du Code. La clause devrait être réputée non écrite (art. 900).

(14) Sic: Laurent, IV, n° 309. — Dalloz, 1845, 4, 438.

(15) Cassation, 30 avril 1833 (Sir. 33, 1, 466). — Laurent, *op. loc.*

CHAPITRE CINQUIÈME.

Des causes susceptibles de faire perdre ou de modifier l'administration légale.

Tout événement, qui met fin à la puissance paternelle, atteint du même coup l'administration légale. Mais peut-il y avoir des modes d'extinction particuliers à cette dernière ? N'y a-t-il pas certaines hypothèses où elle sera modifiée, où elle passera transitoirement ou définitivement entre les mains de la mère ? Le père peut-il y renoncer ? Peut-il être destitué ? — Pour la solution des nombreuses questions qui rentrent dans ce chapitre, nous serons fréquemment obligés de nous reporter aux principes posés dans le chapitre premier ; rappelons les ici en quelques mots : « L'Administration légale est établie dans l'intérêt de l'enfant. A défaut du père, elle appartient de droit à la mère. Ce n'est pas une tutelle. Elle est d'ordre public ». — Nous verrons que leur application et leur combinaison présente souvent de très réelles difficultés.

Dans une première Section, nous parcourrons les modes *ordinaires* d'extinction de l'administration légale.

Dans une seconde, nous étudierons les causes

extraordinaires, susceptibles ou non d'y mettre fin ou de la modifier, et notamment le divorce.

Enfin nous consacrerons une Section spéciale à l'une de ces dernières causes, la *destitution*, qui soulève les plus importantes difficultés de la matière.

SECTION I.

Causes ordinaires d'extinction.

L'administration légale prend fin ordinairement :

1^o/ Par la *majorité* de l'enfant. — C'est le mode normal d'extinction.

2^o/ Par la *mort de l'un des parents*. — De ce jour il y a tutelle, soit du père, soit de la mère (art. 390).

3^o/ Par la *mort de l'enfant*.

4^o/ Lors de l'*émancipation par mariage ou par acte*. — Si l'émancipation a lieu par mariage, (ou si, depuis l'émancipation par acte, il y a eu mariage), elle est définitive. — Si elle a lieu par acte, elle est révocable. L'art. 486 dit qu'en cas de révocation, le mineur rentre en *tutelle*. L'expression est inexacte. Le texte veut dire seulement, que le mineur rentre *dans l'état où il était auparavant*. Si les père et mère sont encore vivants, il y aura donc lieu de nouveau à une administration légale.

SECTION II.

Causes extraordinaires d'extinction ou de modification de l'administration légale.

Sous cette rubrique, nous étudierons successivement les effets :

1^o/ De l'absence.

2°/ De l'interdiction judiciaire.

3°/ De l'interdiction légale et autres condamnations pénales.

4°/ Du divorce et de la séparation de corps.

5°/ Du désaveu.

6°/ De la tutelle officieuse.

§ 1. — EFFETS DE L'ABSENCE DU PÈRE.

(A). PRÉSUMPTION D'ABSENCE.

Dans le cas de disparition du père, la mère étant présente, celle-ci est investie, par délégation expresse de la loi, de l'exercice de l'administration légale. L'art. 141 porte en effet que : « Si le père a disparu, « laissant des enfants mineurs issus d'un commun « mariage, la mère en aura la surveillance, et *elle* « exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et quant à l'administration de leurs biens ». — Il était naturel et logique, dit M. Demolombe, de confier cette mission à la mère; car en principe l'autorité paternelle est commune aux deux parents (art. 372); et si le père en a seul l'exercice durant le mariage (art. 373), la mère en a du moins la surveillance, et par conséquent aussi elle doit être préférée à tout autre dès que le père ne peut plus exercer la puissance.

On a pourtant soutenu qu'il y avait lieu, même dans cette hypothèse de présomption d'absence, à l'ouverture de la tutelle; et l'on a argumenté dans ce sens, des paroles de Bigot-Préameneu, lequel déclarait l'art. 141 conforme aux principes exposés au titre « des Tutelles ». — Mais ces paroles sont parfaitement justes : la femme succède au mari dans les

droits et devoirs qui lui sont conférés par l'art. 389, lequel se trouve placé précisément au titre « des tutelles ». Donc l'argument ne porte pas. — On prétend que pendant l'absence du père il y a incertitude sur son existence; qu'il est présumé mort, et, partant, qu'il y a lieu d'ouvrir la tutelle. — A cela, nous répondrons qu'au contraire, le père doit bien plutôt être présumé vivant, pendant la période de présomption d'absence : toutes les mesures prises à ce moment par la loi semblent supposer le retour probable du père. — D'ailleurs il y a un texte, l'art. 141. Ce texte est formel. Il parle d'administration et non de tutelle. Et, dans une matière où les textes sont rares, on doit être trop heureux d'en rencontrer un aussi décisif, pour ne pas chercher à en détourner la signification.

La mère, investie de ses pouvoirs par la loi, n'aura besoin en principe d'accomplir aucune formalité pour prendre en main l'autorité paternelle. Le père a disparu; elle agit en son lieu et place. La présomption d'absence n'a pas besoin d'être constatée par un jugement *ad hoc*. — Toutefois, si les tiers refusaient de reconnaître son autorité, elle serait bien obligée de recourir à la justice pour établir cet état de présomption d'absence; ce serait même là, dans tous les cas, une précaution utile, et, en pratique, elle s'adresse le plus souvent à la Chambre du Conseil pour se faire autoriser à agir à la place de son mari (1). — De même, elle ferait bien de constater par un inventaire l'état des biens de ses enfants, afin de ne pas risquer de voir sa responsabilité personnelle confondue avec celle de son mari.

(1) Bertin, *Droit* du 1^{er} juin 1868.

Quels seront les pouvoirs de la mère ? — Proudhon (2) ne lui permet de faire que « les actes de détail nécessaires à l'administration et à l'entretien de la famille ». — Cette opinion est évidemment erronée. L'art. 141 déclare en effet qu'elle « exercera tous les droits de son mari », sans aucune restriction. — Elle pourra donc faire seule tous les actes d'administration que nous avons permis au père, puisqu'elle est purement et simplement substituée dans ses droits et devoirs. Elle les fera, sans qu'on puisse lui opposer son incapacité de femme mariée, et alors même qu'elle serait mariée sous un régime qui ne lui permettrait pas d'accomplir ces mêmes actes en ce qui concerne ses propres biens ; car, d'une part, son incapacité ne s'étend pas nécessairement aux actes d'administration, qu'elle peut en certains cas faire (art. 223, 1449, 1536) ; et, d'autre part, lorsqu'il arrive qu'elle ne peut pas les faire, c'est par suite du régime particulier auquel elle s'est volontairement soumise quant à ses biens personnels ; tandis que, dans notre hypothèse, il ne s'agit ni de ses biens personnels, ni de ses rapports avec son mari, mais des biens personnels de ses enfants ; elle agit non plus en qualité d'épouse, mais en qualité de mère. — Quant aux actes de disposition, les formalités et autorisations imposées au père seront aussi pour elle nécessaires et suffisantes (3).

D'ailleurs, c'est en son nom propre, et non pas à titre de mandataire ou de représentant du mari, que la mère administre. — Si l'on admettait le con-

(2) *Usufruit*, I, p. 309 et 310.

(3) Sic : Demolombe, II, p. 440. — Aubry et Rau, I, § 160, note 5. — Kéguelin de Rozière, *op. cit.* p. 39 et suiv.

traire, les enfants, en cas de mauvaise gestion, auraient recours à la fois et contre leur père et contre leur mère, contre le mandant et le mandataire; ce qui paraît excessif. La mère seule est donc tenue, puisqu'elle exerce un droit propre (4). — Ce droit est en outre un devoir, et nous n'admettrions pas qu'elle pût, mieux que le mari, invoquer des excuses pour refuser de remplir la charge qui lui incombe (5).

L'article 141 ne s'occupe que de l'*absence du père*. — *L'absence de la mère* pendant l'administration légale ne donnerait lieu à aucune modification. — Mais, si le père venait à son tour à disparaître, la mère étant absente, il y aurait lieu de nommer quelqu'un pour veiller sur la personne et les biens de l'enfant. Nous avons admis d'une façon générale (6), que tout mandataire provisoire, nommé *à défaut des père et mère empêchés*, aurait la qualité de tuteur, et non d'administrateur. Nous appliquerons le principe à notre hypothèse. — Il en serait de même, dans le cas où la mère, administrant d'après l'art. 141, viendrait à disparaître pendant la continuation de l'absence de son mari (7).

(4) A condition d'ailleurs que la disparition du père ne soit pas le résultat d'un acte volontaire et coupable, qu'il ne soit pas *en faute* d'être absent.

(5) On peut pourtant tirer de l'art. 394 un argument très puissant contre cette solution.

(6) Voir ci-dessus, Chap. I, § 2.

(7) Les art. 142 et 143 sont en dehors du mariage, puisqu'ils prévoient des hypothèses où l'un des conjoints est décédé. Il y a alors évidemment tutelle.

(B). — DÉCLARATION D'ABSENCE.

Nous avons supposé jusqu'à présent que le père était seulement en état de présomption d'absence. Quid, si l'absence est déclarée ? Y aura-t-il tutelle ?

Quelques auteurs soutiennent que l'article 141, par sa généralité et par la place qu'il occupe dans le Code, s'applique aux deux hypothèses. N'est-ce pas à dessein, dit M. Laurent (8), que les auteurs du Code ont placé à *la fin* du Titre IV, le chapitre qui traite de la Surveillance des enfants de l'absent ? N'est-ce pas marquer clairement, que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas uniquement à la présomption d'absence ?

M. Dnranton (I, 517) et quelques-autres, distinguent suivant que l'époux présent a opté ou non pour la continuation de la communauté. Il y a certainement quelque chose de bizarre dans le fait d'admettre tout à la fois, et la continuation de la communauté, c'est-à-dire l'existence du mariage, et la tutelle, c'est-à-dire sa dissolution.

Sans contester ce qu'il y a de plausible dans cette dernière distinction, et tout en reconnaissant que l'utilité de la tutelle se fait beaucoup moins sentir lorsque l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, nous croyons que le chapitre iv n'a eu en vue que des mesures *provisoires*, dont la durée se trouve naturellement restreinte à la période de la présomption d'absence. — L'intitulé du chapitre porte seulement : « De la surveillance des enfants dont le père a *disparu* ». De plus, la loi, dans les trois articles qui le composent, évite constamment d'employer le mot « *absent* », pour se

(8) Sic : Plasman, Code et Traité des absents, I, p. 311.

servir du mot « *disparu* ». — Enfin, ce qui prouve encore que le législateur n'avait en vue que la période de présomption d'absence, c'est le texte de l'art. 142, parlant du décès de la mère, « avant que l'absence ait été déclarée ». — D'ailleurs, la déclaration d'absence fait à certains égards prévaloir l'idée de la réalité du décès; elle entraîne dès lors la nécessité d'organiser, dans l'intérêt des enfants, les mêmes pouvoirs qui seraient chargés de veiller sur eux si le décès de leur auteur était prouvé.

Il faut donc admettre, que l'absence déclarée du père ou de la mère amènera la substitution de la tutelle à l'administration légale (9).

§ 2. — EFFETS DE L'INTERDICTION JUDICIAIRE.

La solution que donne la loi, en confiant à la mère l'administration des biens de ses enfants en cas de disparition du père, doit être par analogie appliquée à une hypothèse voisine, celle de *l'interdiction judiciaire*. — Cette solution est d'ailleurs conforme au principe ci-dessus posé de la substitution de la mère au père, lorsqu'il est impossible pour ce dernier d'exercer son pouvoir (10).

Dans le cas où la mère a été nommée tutrice de son mari, on admet en général sans difficulté cette solution.

Mais on l'a contestée dans le cas contraire. On se demande si ce n'est pas le *tuteur du mari* qui doit gérer les biens des enfants. Si dit-on, la tutelle du

(9) Sic : Aubry et Rau, § 160, note 8. — Demolombe, II, p. 291.

(10) Pothier (*Traité des personnes*, n° 132) plaçait déjà sur la même ligne, à ce point de vue, le dément et l'absent.

mari n'a pas été confiée à la mère, c'est que l'on avait sans doute pour cela de bons motifs, qui doivent s'appliquer également aux enfants. — M. Demante exige que l'on nomme à ceux-ci un *tuteur datif*. — M. Demolombe distingue suivant que le père était ou non usufruitier. Si le père était usufruitier, c'est le tuteur du père qui administrera. Si non, l'administration appartiendra à la mère ; et même alors il fait cette restriction, qu'il appartiendrait aux tribunaux d'exercer à cet égard leur pouvoir discrétionnaire pour le plus grand intérêt de l'enfant.

Il nous est impossible d'admettre toutes ces distinctions et réserves. L'administration légale est pour nous un attribut essentiel de la puissance paternelle. Qu'elle soit entre les mains du père ou dans celles de la mère, elle est toujours d'ordre public ; et il serait contraire à l'ordre public de la confier à un tiers, alors que la mère est là pour l'exercer. — D'ailleurs, lorsque la mère est tutrice de son *mari*, ce n'est pas en cette qualité qu'elle administre les biens de son *enfant*. On ne peut donc pas tirer argument de ce fait étranger qu'elle n'est pas tutrice du premier, pour lui enlever l'administration des biens du second.

Nous admettrions la même solution, si le père non interdit était *placé dans un établissement d'aliénés* (loi de 1838.)

Si le père était *pourvu d'un conseil judiciaire*, il ne pourrait exercer l'administration légale que sous les restrictions énumérées dans l'art. 513 : il ne pourrait donc pas, sans l'assistance de son conseil, pour le faire compte de ses enfants mineurs des actes qui lui sont interdits pour son propre compte.

§ 3. — EFFETS DE L'INTERDICTION LÉGALE ET AUTRES CONDAMNATIONS
PÉNALES.

1°/ *L'interdiction légale*, qui atteint tout individu condamné à une peine afflictive et infamante, produit en général les mêmes effets que l'interdiction judiciaire. Le père interdit est pourvu d'un tuteur qui gère ses biens ; car il est réputé indigne d'administrer sa fortune. Il est évident dès lors que la loi ne peut lui laisser l'administration des biens personnels de ses enfants, et que nous sommes contraints, par la nécessité même des choses, d'admettre sa déchéance, en dehors même de toute assimilation avec le tuteur de l'art. 443. — On dira peut-être que l'interdiction légale est une peine, que « poenalia non sunt extendenda », et que nulle part la loi n'a privé le père, légalement interdit, de la puissance paternelle et de l'administration légale. — Quoiqu'il en soit, il est certain qu'*en fait*, l'interdiction est l'accessoire d'autres peines, qui placent le condamné dans l'impossibilité *physique* d'exercer aucune administration. Or, nous avons admis, que la mère est, en cas d'impossibilité du père, substituée naturellement en tous ses droits. Il est naturel, en effet, qu'elle soit préférée à tous autres, et il ne peut être question pour elle de tutelle, puisque le mariage n'est pas dissous (art. 390) (11).

(11) Si l'interdiction légale était prononcée contre le fils, y aurait-il ouverture de la tutelle ? Ou bien l'administration continuerait-elle jusqu'à la majorité de l'enfant ? Il nous semble que la condamnation du fils ne peut pas enlever au père le bénéfice d'une situation qui a été regardée comme plus avantageuse pour lui.

2° Il est une hypothèse qui ne paraît pas devoir prêter à controverse : c'est celle de *l'article 335 du Code pénal*. — Le père qui a excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption d'un de ses enfants, est privé « des droits et avantages à lui accordés sur « la personne et les biens de l'enfant par le Code « civil, au livre I, titre ix. » — On pourrait objecter, que l'art. 389 fait partie du titre x du Code civil. Mais il est évident, d'une part, que l'art. 389 n'est pas à sa place dans ce titre ; d'autre part, que les rédacteurs du Code pénal ont voulu priver le père, d'une façon générale, de tous les attributs de la puissance paternelle. En prononçant la déchéance de cette puissance, l'art. 335 prononce nécessairement la déchéance de l'administration légale, qui n'en est qu'une émanation (12).

Faut-il, comme le veulent MM. Aubry et Rau et Demolombe (13), priver seulement le père de l'administration des biens de l'enfant qui a été victime du délit ? Nous ne le pensons pas. L'article peut très bien s'entendre dans le sens d'une déchéance générale, applicable à tous les enfants. Ce que la loi a voulu, c'est que le père fût privé d'un ensemble de prérogatives *indivisible*, qui doit être envisagé, en dehors de toute idée de « personne », à un point de vue absolu. Aussi admettrons-nous, avec MM. Valette et Duranton, que le père sera déchu de l'autorité paternelle dans sa totalité (14) c'est-à-dire à l'égard de tous.

(12) Pourtant les pénalités sont de droit étroit.

(13) Aubry et Rau, IV, p. 614. — Demolombe, VI, n° 361. Ces auteurs invoquent la maxime « *pœnalia non sunt extendenda* », qu'ils ont refusé précisément d'appliquer dans le paragraphe précédent.

(14) Valette, sur Proudhon, II, p. 351. — Duranton, III, n° 384.

L'administration légale passera à la mère. — Nous n'admettons pas, comme on a essayé de le prétendre, que le tribunal puisse simplement la lui *accorder*. C'est pour elle un droit, qui lui appartient ipso jure, sans qu'elle puisse en être privée autrement que pour les raisons légales.

3°/ Doit-on donner les mêmes solutions en matière de *dégradation civique*? La dégradation civique (art. 34§ 4^e du Code pénal) rend le condamné incapable de faire partie d'un conseil de famille, d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et encore sur l'avis conforme de la famille. — Il n'y a rien dans cette disposition, qui enlève au père dégradé civiquement l'autorité paternelle. Si, d'ailleurs, il peut être tuteur, a fortiori doit-il être administrateur de ses enfants; et il ne peut pas être question d'avis du conseil de famille; un avis défavorable serait une sorte de destitution (15).

4°/ Nous en dirons autant de *l'interdiction totale ou partielle des droits civils ou de famille*, prononcée par le tribunal jugeant correctionnellement, en vertu de l'art. 42 du Code pénal. — Les paragraphes 5 et 6 de l'art. 42 reproduisent à peu près textuellement le paragraphe 4 de l'art. 34. L'administration légale reste absolument en dehors.

5°/ Les articles 2 et 3 de la *loi du 7 décembre 1874* déclarent, que les père et mère qui auront livré leurs enfants âgés de moins de 16 ans aux saltimbanques et aux vagabonds, ou qui les auront obligés à la mendicité habituelle, pourront être privés des droits de la puissance paternelle. — La déchéance n'est pas

(15) Contra, Valette sur Proudhon, II, p. 283; Fréminville I, 17.

obligatoire, comme celle de l'art. 335; elle est simplement *facultative*; en revanche elle est *générale*, elle comprend tous les droits du père, et non pas seulement ceux énumérés dans le titre IX. Elle s'applique donc sans discussion à l'administration légale.

— La question, d'ailleurs, présente peu d'intérêt pratique, puisque les enfants saltimbanques ou mendiants n'ont évidemment pas de biens. Mais ils pourraient en acquérir plus tard avant leur majorité.

Nous dirons plus loin quelques mots d'un projet de loi, déjà voté par le Sénat (10 juil. 1883), sur la *Protection des enfants mineurs* : Il admet dans de nombreuses hypothèses, soit la déchéance de droit, soit la déchéance facultative, soit la suspension temporaire de la puissance paternelle et de tous les droits qui en découlent, *notamment celui de l'art. 389* (art. 20 du projet). Bien que fait surtout en vue de protéger la *personne* des enfants, le projet s'occupe naturellement des conséquences des déchéances qu'il prononce relativement aux *biens*.

Qu'arriverait-il en cas d'amnistie, de grâce ou de réhabilitation ?

L'*amnistie* supprime la condamnation par une sorte de fiction juridique. Le père recouvre donc tous ses droits.

La *grâce* ne s'appliquant qu'aux peines matérielles ne saurait avoir d'effet sur les incapacités. — En ce qui concerne pourtant l'interdiction légale, comme elle n'a lieu que pendant la peine (art. 29), elle cesse avec la grâce. Le père, devenu de nouveau capable d'administrer ses propres biens, recouvre aussi avec la liberté la possibilité physique d'administrer ceux d'autrui ; il reprend donc l'administration légale.

Quid de la *réhabilitation*? Sans effacer la condamnation, elle en paralyse les effets pour l'avenir. — On a soutenu pourtant que le chef de l'État peut bien abandonner les droits de la société contre le condamné, mais qu'il ne saurait en les abandonnant léser les droits des tiers? Or le fils peut avoir intérêt à ne pas retomber sous l'administration paternelle. — Nous croyons néanmoins que la réhabilitation rend au père ses droits d'administrateur légal. Il nous semble impossible de considérer l'incapacité du père comme une sorte de *droit acquis* pour le fils.

§ 4. — EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A — DIVORCE. a. — *Mesures provisoires.*

Le Titre du divorce, remis en vigueur avec quelques modifications par la loi du 28 juillet 1884, déclare en son article 267, que « *l'administration provisoire* des enfants restera au mari demandeur ou « défendeur au divorce, à moins qu'il n'en soit « autrement ordonné par le tribunal, pour le plus « grand avantage des enfants ». — Cet article n'a soulevé dans la discussion de la nouvelle loi, aucune controverse, aucun amendement. Quel en est le sens précis?

Le texte vise évidemment et avant tout la garde des enfants issus du mariage. Mais la généralité de ces mots « administration provisoire », permet de l'appliquer aux biens comme à la personne. Locré (16), sur cet article, nous apprend en effet

(16) Tome V, art. 267.

qu'on a voulu laisser au juge une entière latitude de suspendre la puissance paternelle. Le père pourra donc être privé provisoirement de l'administration légale, laquelle sera confiée à la mère ou à un tiers par le tribunal. — Nous avons combattu ailleurs, comme contraire à l'ordre public, le pouvoir discrétionnaire des magistrats et la possibilité d'administration par un tiers. Nous regrettons toutefois que la loi fût muette à cet égard. Ici il y a un texte, que vient corroborer l'intention formelle du législateur. L'administration provisoire peut être enlevée au père. — Il est vrai que, si le divorce n'est pas prononcé, elle lui sera restituée, et que ces changements successifs peuvent être nuisibles à la bonne gestion d'un patrimoine (17).

Cette administration, confiée à la mère ou à un tiers, ne comporterait d'ailleurs que des mesures provisoires et ayant un caractère d'urgence (18).

b — Effets du divorce prononcé.

La prononciation du divorce donne-t-elle ouverture à la *tutelle*?

On peut invoquer, dans le sens de l'affirmative, le texte même de l'article 389. « Le père, *durant le mariage* est administrateur ». Après le divorce, il n'y a plus mariage. Il n'y a donc plus administration. — D'autre part, les art. 302 et 303, à la différence de l'art. 267, semblent éviter d'employer le mot *administration*; ils ne parlent que de la surveillance. — D'ailleurs les motifs particuliers de confiance tirés

(17) Laurent, III, 326.

(18) Sic : Marseille, 14 déc. 1872 (Sir. 73, 2, 121). On sait que la jurisprudence applique l'art. 267 à la séparation de corps.

de la présence simultanée des deux époux au foyer familial, ces motifs, qui permettent de dispenser le père des garanties de la tutelle, n'existent plus après le divorce. — On dit que, si les parents ont cessé d'être époux, ils n'ont pas cessé d'être père et mère, que dès lors il doit y avoir administration. Mais la qualité de père ou de mère n'est pas incompatible avec la tutelle, puisque le conjoint survivant est tuteur. — Enfin, en cas de second mariage de l'administrateur légal divorcé, les intérêts de l'enfant du premier lit ne risquent-ils pas d'être sacrifiés, si les garanties de la tutelle sont absentes? — Pour tous ces motifs, dit-on, il faut organiser une tutelle (19).

Nous croyons néanmoins que l'intention du législateur de 1804, ainsi que celle du législateur de 1884, a été de maintenir après le divorce *l'administration* sans tutelle.

Nous invoquerons en premier lieu l'art. 390, qui n'admet la tutelle légale que pour le *survivant* des époux. La tutelle s'ouvre, dit-il, « après la dissolution du mariage par la *mort naturelle* ou *civile* de l'un des époux ». C'est donc qu'elle ne s'ouvre pas après la dissolution par le *divorce*. Il y a, d'après l'article 227, trois cas de dissolution du mariage. La tutelle a lieu dans deux cas; elle n'a donc pas lieu dans le troisième. — L'argument *a contrario* n'est pas ici suspect (20); car il nous fait rentrer dans le droit commun. Le droit commun, le droit naturel, c'est le mariage, c'est l'administration du père. La tutelle n'est qu'une institution exceptionnelle, artificielle,

(19) En ce sens Zachariæ, I, p. 271.

(20) Locré, VII, p. 234.

faite pour suppléer à l'absence des parents. Si la loi ne dit pas qu'il y a tutelle, l'administration doit être maintenue. — L'argument a contrario que l'on prétend, dans l'opinion adverse, tirer de l'art. 389, doit au contraire être écarté, comme ne faisant pas rentrer dans le droit commun. L'art. 389 veut seulement dire que le père pendant le mariage ne peut avoir *que* la qualité d'administrateur ; mais cela ne l'empêche pas d'avoir cette qualité en dehors du mariage.

Les travaux préparatoires de l'art. 390 fournissent d'ailleurs un argument décisif. — Le texte primitif portait seulement « après la dissolution par le décès ». Les mots « ou la mort civile » ont été ajoutés, sur la demande du Tribunal, « pour prévenir « toute incertitude et dispenser de la nécessité de « consulter une autre partie du Code ». Cette autre partie du Code, ce sont évidemment les art. 25 et 227. Or, l'art. 227 s'occupe du divorce en même temps que de la mort civile. Le Tribunal fait mentionner la mort civile dans l'article 390, parce qu'elle a en général les effets de la mort naturelle (art. 25). Il ne s'occupe pas du divorce, parce qu'à ses yeux *il ne peut pas y avoir incertitude* à son égard. S'il omet d'en parler, c'est à bon escient. Pour qu'il y ait tutelle, il faut que l'enfant ait *perdu* un de ses auteurs (discours de Berlier) (21). Or ils sont encore l'un et l'autre vivants. — Après le divorce, il n'y aura donc *ni tutelle légale, ni administration légale*, mais une administration confiée à celui que choisit le tribunal.

Enfin l'on peut arguer de l'article 303 lui-même. — S'il y avait tutelle, il y aurait un subrogé-tuteur,

(21) Voir, *Travaux préparatoires, Droit ancien*, Chap. IV.

chargé de surveiller les intérêts moraux et pécuniaires confiés au tuteur. Or l'article 303 déclare que les père et mère divorcés ont respectivement le droit de surveillance. Que ferait ce subrogé-tuteur, en concours avec celui des père et mère qui n'est pas tuteur? Ce dernier ne surveillera-t-il pas son ex conjoint avec un soin d'autant plus jaloux que l'enfant ne lui aura pas été confié? — Si en fin de compte il néglige son devoir de surveillance, l'époux chargé des enfants sera-t-il dans une situation autre, que celle de l'époux dont le conjoint est interdit, présumé absent, ou même séparé de fait?

Il n'y a donc pas tutelle, mais administration.

Ajoutons que cela résulte formellement des déclarations et rejets d'amendements, qui ont eu lieu à l'occasion du rétablissement des art. 302 à 304 par la loi du 28 juillet 1884 (22).

M. Ganault avait présenté à la Chambre un long amendement, afin de pourvoir à la situation matérielle des enfants après le divorce prononcé. — A ce moment, on comptait encore admettre le divorce par consentement mutuel, avec l'espèce de dévolution de succession réglée par l'art. 305 (23). — M. Ganault accordait de même aux enfants, en cas de divorce pour cause déterminée, la nue propriété de $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{3}$ des biens de leurs père et mère. On devait procéder au partage, soit immédiatement, soit à certaines échéances conditionnelles (majorité des enfants,

(22) Voir Journal officiel 1882, *Débats parlementaires, Chambre*, p. 934 à 939, séance du 27 juillet 1882.

(23) M. Delsol, au Sénat, avait demandé qu'on appliquât à l'hypothèse de l'art. 304 les règles de l'art. 305. Mais le divorce par consentement mutuel a été écarté par le Sénat.

second mariage des parents, destitution des parents de la tutelle (24) suivant l'art. 448). Enfin et surtout, pour garantir ces droits des enfants, il organisait une *tutelle*, mais une *tutelle d'un genre nouveau* (25).

Il faisait d'abord nommer un *subrogé-tuteur* par le *conseil de famille*, réuni dans les conditions déterminées par l'art. 406, immédiatement après la constatation d'impossibilité de réconciliation de l'art. 239. Ce subrogé-tuteur devait, aussitôt après le divorce, faire procéder à un inventaire contradictoire des biens de chaque époux. — En cas de second mariage ou de destitution des parents tuteurs, les droits de l'enfant étaient liquidés sur les bases de l'inventaire. — Il semble jusqu'ici que les père et mère sont, l'un ou l'autre, *tuteurs*. Mais, d'un autre côté, *ils ne sont pas de vrais tuteurs* ; car c'est seulement en cas de second mariage, que l'amendement exige l'inscription d'une hypothèque légale nouvelle, ajoutée à celles de l'article 2121. — Enfin *le subrogé-tuteur est lui-même un peu tuteur* ; car il est chargé de faire emploi, après avis préalable du conseil de famille, de tous les capitaux du mineur.

Ce système assez confus a été rejeté. M. Letellier, rapporteur, le qualifie de tutelle d'un genre nouveau ; M. Naquet va plus loin et le traite de monstruosité légale. — L'intention de M. Ganault était louable, et répondait à un désir de protéger l'enfant et d'assurer son avenir, dont on aurait certainement dû tenir compte d'une façon plus sérieuse. Quand il n'y

(24) M. Ganault a l'air de croire que les enfants de divorcés sont de droit en tutelle.

(25) Il prévoyait aussi le cas de prédécès des enfants et établissait un retour successoral spécial.

a plus de famille, on s'explique fort bien l'organisation d'une tutelle. — Quoi qu'il en soit, nous devons retenir les déclarations contraires qui ont prévalu : M. Letellier soutint que *l'organisation d'une tutelle briserait l'autorité paternelle*, qu'un pareil système anéantirait non seulement le mariage mais la famille. M. de Marcère ajouta que ce serait porter une atteinte sérieuse aux règles de l'autorité paternelle. Sur ces deux déclarations, l'amendement fut rejeté. — Donc, après le divorce, il n'y a pas tutelle, mais administration.

De même, sur l'art. 305 que l'on croyait alors devoir être maintenu, M. Demarçay (26) avait proposé un amendement, disant qu'il serait nommé un conseil de famille et un subrogé-tuteur. — M. Naquet le fit écarter, en soutenant qu'*introduire un subrogé-tuteur, ce serait briser l'institution de la famille*. — S'il ne peut pas y avoir de subrogé-tuteur, c'est qu'il n'y a pas de tutelle (art. 420).

Qui remplira les fonctions d'administrateur ?

L'article 302 déclare que les enfants seront *confiés à l'époux qui a obtenu le divorce*, à moins que le tribunal n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, qu'ils seront confiés aux *soins*, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. — L'art. 303 ajoute que les deux époux conservent respectivement le droit de *surveiller l'entretien et l'éducation* des enfants. — Ces 2 articles paraissent ne viser que la *personne* des enfants. Il n'est nullement question *des biens*. On sait seulement que celui contre qui le divorce a été prononcé, perdra

(26) Journal officiel, *Débats parlementaires*, 1882, p. 941.

l'usufruit légal (art. 386). Que deviendra l'administration, qui avec la jouissance appartenait auparavant au père ?

On a prétendu que le père, coupable ou non, garderait toujours l'administration.— L'art. 303, dit-on, prouve que le père, même coupable, conserve la puissance paternelle. L'art. 302 ne lui enlève que la garde de l'enfant. L'art 386 le prive de l'usufruit(27). C'est donc qu'il conserve l'administration. Le père coupable peut être un très bon administrateur.

Nous croyons, au contraire, que le tribunal aura, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Nous lui avons reconnu ce pouvoir quand il s'agit de prendre des mesures *provisaires* pendant l'instance. Il doit en être a fortiori de même pour les mesures *définitives*. Si, pendant le mariage, le père exerce seul l'autorité (art. 373), après sa dissolution par le divorce, la puissance paternelle appartient aux deux parents également (art. 372) en principe; la femme possède à cet égard un pouvoir égal à son mari. Mais l'exercice de ces deux pouvoirs à la fois serait impraticable, soit pour l'éducation des enfants, soit pour l'administration des biens. Il faut donc le confier à un seul, sauf la surveillance de l'autre. N'est-il pas juste et moral de le confier à l'époux non coupable? C'est ce qu'a fait la loi, en principe, pour l'administration de la personne. Si elle n'a pas

(27) L'art. 384 n'accorde l'usufruit, après la dissolution du mariage, qu'au *survivant* des père et mère. Si le père *divorcé* coupable en est privé (art. 386), la jouissance passera-t-elle à la mère? — Nous croyons que, malgré le mot « *survivant* » de l'art. 384, la mère investie en général de la garde et de l'administration aura l'usufruit : cela résulte implicitement du texte de l'art. 386.

parlé de l'administration des biens, c'est qu'il est rare de voir l'enfant mineur ayant des biens du vivant de ses père et mère. Mais l'identité de motifs ne doit-elle pas entraîner la même solution ?

L'argument à contrario, tiré de l'art. 386, ne prouve rien. Si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit, en effet, que les motifs qui ont fait admettre la privation de l'usufruit s'appliquent également à l'administration : les orateurs (27 *bis*) déclarent que « celui, contre qui le divorce est prononcé, a brisé « les nœuds les plus sacrés ; pour lui il n'y a plus de « famille » ; « celui qui se sépare de la famille ou qui « brise les nœuds les plus sacrés, peut-il y être « compté encore, et en conserver les droits ? ». — *Le droit d'administration appartiendra donc en principe à l'époux qui aura gain de cause* (27 *ter*).

Toutefois le tribunal, auquel les intérêts des enfants sont confiés, pourra, sur la demande (28) de la famille ou du ministère public (arg^t. 302), ordonner telle autre mesure qu'il croira plus avantageuse. Il pourra confier la garde des enfants à l'un, tout en laissant à l'autre l'administration des biens, s'il juge que le coupable remplira mieux ces dernières fonctions ; l'administration, aussi bien que la garde, pourra même être remise à un tiers, ce qui aura lieu surtout lorsque les deux époux seront éga-

(27 *bis*) Voir Locré, VII, p. 64 et 77.

(27 *ter*) Mais il est bien évident qu'en cas de séparation, transformée en divorce sur la demande de l'époux défendeur à la séparation (art. 310 ancien et nouveau), c'est l'époux primitivement demandeur qui sera considéré comme ayant eu gain de cause.

(28) Cette demande est nécessaire (Bruxelles, 19 mai 1859 ; *Pasic.*, 60, 1, 411).

lement coupables. — Le tribunal aura, d'ailleurs, toujours le droit de revenir sur une mesure par lui prise, et de statuer à nouveau si l'intérêt de l'enfant l'exige (28 *bis*); ce qui diminue d'autant les dangers possibles de l'administration légale. — En un mot, le pouvoir du Tribunal est discrétionnaire pour le plus grand avantage du mineur (29).

B — SÉPARATION DE CORPS.

(a) *Mesures provisoires.* — Une jurisprudence constante applique l'article 267 à la séparation de corps.

(b) *Mesures définitives.* — Il est également admis, que les articles 302 et 303 sont applicables en ce qui concerne la garde de la personne des enfants.

Mais quid des biens? Quelle que soit la solution que l'on adopte sur la question de tutelle après le divorce, il est certain qu'après la séparation de corps, il ne peut pas y avoir autre chose qu'une administration; car la séparation de corps ne dissout pas le mariage.

L'administration légale restera-t-elle de droit entre les mains du père coupable ou non coupable?

On admet en général l'affirmative (30), et l'on in-

(28 *bis*) Cassation, 19 février 1861, 22 janvier 1867 (Sir. 67, 1, 212).

(29) Cassation 23 février 1881 (Sir. 81, 1, 309). Tous ces arrêts, rendus en matière de séparation, ne s'occupent que de la garde du mineur. Mais ils posent un principe qui est général.

(30) Ou du moins, on dit, d'une façon générale, que « la séparation de corps ne porte pas atteinte aux droits de la puissance paternelle », sauf application de l'art. 302, relatif à la garde des enfants. — Demolombe, IV, 510; Aubry et Rau, V, § 494, note 12. — Laurent n'admet même pas de restriction aux droits du père en ce qui concerne la personne, III, 350.

voque, outre le texte de l'art. 389, celui de l'art. 373 : « Le père *seul* exerce l'autorité paternelle pendant le mariage ». — Enfin on argumente des termes de l'art. 384 : « Le père pendant le mariage a la jouissance des biens de ses enfants ». Or, le père coupable et seulement séparé n'est pas déchu de cette jouissance, comme le serait le père divorcé (art. 386). Il doit donc conserver, avec l'usufruit légal, l'administration légale.

Nous croyons, néanmoins, qu'il serait plus conforme à l'intention du législateur, d'assimiler sur ce point la séparation au divorce, et d'accorder aux tribunaux de très larges pouvoirs dans l'intérêt de l'enfant. — On fait bien échec à l'article 373 en ce qui concerne la garde de la personne. Pourquoi le maintenir avec rigueur, lorsqu'il s'agit des biens? — L'art. 389 que l'on invoque ne statue que « de eo quod plerumque fit. » — Quant à l'argument tiré des art. 384 et 386, ne peut-on pas admettre que le père conserve en certains cas la jouissance, tout en perdant l'administration?

§ 5. — EFFETS DU DESAVEU.

Lorsque le père pendant le mariage intente, contre un enfant réputé sien, l'action en désaveu, l'art. 318 prescrit de donner à celui-ci, en présence de la mère, un tuteur *ad hoc*, chargé de défendre à cette action. Les fonctions de ce tuteur sont spéciales à cette défense, et ne peuvent être étendues à aucun autre acte. Tant que le tribunal n'a pas statué, l'enfant reste donc sous l'administration légale du père, qui conserve la puissance paternelle. Nous croyons néanmoins que le tribunal, étant déjà saisi, pourrait

ordonner relativement aux biens eux mêmes des *mesures provisoires*, par analogie avec ce qui se passe en matière de divorce (art. 267 et 270).

Le triomphe définitif du mari, désavouant l'enfant, met fin à l'administration légale comme à la puissance paternelle. A partir de ce jour, il n'y a plus qu'un enfant adultérin en tutelle (31).

§ 6. — EFFETS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

L'art. 365 déclare que le tuteur officieux n'a l'administration des biens personnels de son pupille, qu'autant que celui-ci se trouve déjà en tutelle ordinaire. Si donc l'enfant a encore ses père et mère, bien que le soin de sa personne et son éducation soient confiés au tuteur, la tutelle officieuse n'a pas pour effet d'enlever au père l'administration légale des biens de son fils (32). Il n'y a pas à distinguer, comme on a essayé de le faire (Demolombe VII, n. 235), suivant que le père a ou n'a pas la jouissance des dits biens.

(31) Au contraire, l'échec du mari dans la même action par lui dirigée contre un enfant mineur en apparence illégitime, ou dans l'action en réclamation d'état intentée au nom de cet enfant, ferait naître le droit d'administration (Aubry et Rau, VI, § 564, note 15).

(32) Voir plus haut, chap. I, § 5, in fine, l'importante conséquence que nous avons cru pouvoir en tirer. — La puissance sur la personne n'est elle-même modifiée que dans les limites où l'exige l'institution même de la tutelle officieuse ; elle subsiste en principe, car elle est d'ordre public (Laurent IV, 240).

SECTION III.

Le père peut-il être excusé ou destitué ?

Du principe que l'administration légale n'est pas une tutelle, nous avons conclu, d'une façon générale, que les sections VI et VII du chapitre de la Tutelle sont inapplicables en notre matière (33). Mais il importe de revenir sur ce point. Le père ne peut-il pas être, en certains cas, dispensé de son devoir ou destitué de son droit d'administration ?

EXCUSES.

Sauf le dissentiment de MM. Valette (34) et de Fréminville (35), tout le monde est d'accord pour reconnaître, que le père n'a pas le droit d'invoquer les excuses des articles 427 et suivants, pour se soustraire à la gestion du patrimoine de son fils.

L'administration des biens, comme celle de la personne, est un *devoir* pour le père. Peut-on se dispenser d'un devoir ? — Ce devoir lui est d'ailleurs imposé, en retour des avantages que la puissance paternelle lui confère. Or, ubi emolumentum, ibi onus esse debet. — Les excuses établies au code, sans même en excepter celles que l'on considère comme fondées sur l'intérêt public, ont été admises à raison des devoirs rigoureux et des charges onéreuses que la tutelle impose. Elles sont donc inapplicables à une gestion qui n'est pas traitée par la loi avec la même

(33) Voir ci-dessus, Chapitre I, § 3, in fine.

(34) Sur Proudhon, I, p. 283.

(35) Minorité, I. p. 17.

rigueur. — Le père ne peut pas plus se soustraire à la gestion du patrimoine de ses enfants, qu'à l'administration des biens personnels de sa femme ; car il s'agit, dans l'un et l'autre cas, moins d'une obligation imposée par la loi, que d'une obligation volontairement contractée par le mariage et par la procréation des enfants (36). — L'administration légale est, d'ailleurs, d'ordre public ; le père ne peut pas plus y renoncer, qu'il ne peut en être privé par la volonté d'un tiers.

Si tout le monde est d'accord en principe, il n'en est pas de même dans l'application. M. Demolombe (37), après avoir donné la solution qui précède, paraît craindre d'être allé trop loin, et d'avoir négligé la protection qui est due au mineur. Il déclare alors qu'il réserve toujours, sur toutes ces questions, le pouvoir réglementaire des magistrats. Ceux-ci pourraient, suivant les cas, dispenser le père, si, en fait, ils reconnaissaient que cette administration est devenue pour lui une charge très difficile et très pénible à remplir.

Cette réserve renverse tout le système. Nous verrons plus loin, que ce pouvoir réglementaire des magistrats est inadmissible même pour la destitution. La loi impose un devoir au père. Ce devoir est un attribut de la puissance paternelle, qui est d'ordre public ; et les juges auraient le pouvoir de décharger le père d'un devoir sans texte aucun ! Les tribunaux déferaient ce qu'a fait le législateur ! Mais alors, pourquoi ne pourraient-ils pas, à aussi bon droit, dispenser le père de son devoir d'éducation ? Il

(36) Aubry, *loc. cit.*, p. 667.

(37) VI, 430.

n'y a plus de limites à l'inconséquence, dès que l'on s'écarte de la rigueur des principes. — On objecte que le père peut être dans un état d'infirmité grave, qui le met dans l'incapacité d'administrer. — Cela est très possible, et l'on aurait raison de faire une loi pour suppléer à cette incapacité. Mais cette loi n'existe pas. — D'ailleurs, la solution très générale que nous avons admise relativement à la puissance paternelle de la mère (38), suffira le plus souvent pour que les intérêts de l'enfant ne soient pas sacrifiés. La mère prendra en mains l'administration des biens, comme toutes les fois que le père est dans *l'impossibilité* d'administrer : nous en avons déjà vu des exemples en matière d'absence et de folie (39).

Mais, si le père ne peut pas être légalement *dispensé* de l'administration, ne doit-on pas admettre qu'il puisse être *destitué* comme le tuteur, conformément à l'article 444 du Code civil (40)? C'est une des plus graves questions de la matière.

DESTITUTION.

A — L'art. 444 déclare que : « sont exclus de la

(38) Voir ci-dessus, Chapitre I, § 2.

(39) Voir ci-dessus, chap. V, section 2, § 1 et 2. Le père pourrait toujours d'ailleurs faire administrer les biens par un mandataire de son choix, sous sa propre responsabilité.

(40) Quant aux articles 442 et 443, nous avons déjà vu quelles pouvaient être, pour l'administration légale, les conséquences des diverses situations qu'ils prévoient en matière de tutelle. (Voir ci-dessus, Section 2). — Si nous avons admis en certains cas des solutions analogues, ce n'est pas par argument tiré de ces articles qui sont évidemment de droit étroit, mais pour des motifs particuliers que nous avons exposés. — Mais quelles seront les conséquences de la *minorité du père* dont nous n'avons pas encore parlé? Les pouvoirs de l'administrateur

tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire ; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité ». — Cet article est-il applicable à l'administration légale ?

M. Demolombe soutient l'affirmative au Chap. II (n^{os} 424 et 425) de son commentaire sur le Titre de la puissance paternelle (41). Dans le chapitre précé-

légal sont bien plus étendus que ceux du mineur émancipé. Il est bien évident que le père ne pourra pas faire pour son enfant, les actes qu'il ne peut pas faire pour lui-même. A qui s'adressera-t-il, pour se faire assister ? — En matière de tutelle, on se demande si c'est à son curateur (sic, Laurent, IV, 375), ou au subrogé-tuteur (sic, Demolombe, VII, 465). — Il ne peut être ici question, pour remplir ce rôle, de faire intervenir un subrogé-tuteur, puisqu'il n'y en a point sous l'administration légale. Ce sera donc le curateur. — L'assistance du curateur nous paraît d'ailleurs également la seule juridique, pendant la tutelle.

(41) Sic, Cassation, 16 déc. 1829 (Sir, 1830, 1, 126). — Le tribunal du Puy, 10 déc. 1869 (Dalloz 70, 3, 64), applique l'art. 444 aux biens, mais pas à la personne. — Les droits sur la personne, dit-il, sont antérieurs à toute législation ; le Code n'a fait que les consacrer. On ne peut les enlever au père. D'ailleurs ils passeraient de plein droit à la mère, ce qui serait une source de conflits. L'administration est au contraire établie *dans l'intérêt* de l'enfant : dès lors elle peut être retirée au père, s'il en fait abus. L'art. 444 est applicable, parce que les motifs de décider sont les mêmes dans les deux cas. — Cette distinction, ainsi motivée, repose sur l'idée, que les droits sur la personne seraient donnés au père non pas dans l'intérêt de l'enfant, mais dans son propre intérêt ; ce qui est inexact. L'administration des biens et l'administration de la personne sont toutes deux établies dans l'intérêt de l'enfant ; l'une et l'autre sont des attributs essentiels du père ; l'une et l'autre sont d'ordre public, et les tribunaux ne peuvent dans aucun cas, sans texte, dépouiller le père. Quant à l'argument d'analogie avec l'art. 444, nous avons dit qu'on ne peut prononcer des déchéances par analogie.

dent, parlant de l'*administration de la personne*, il avait déjà invoqué l'art 444, pour établir que la garde et l'éducation de l'enfant peuvent être enlevées au père. Abordant l'*administration des biens*, il conclut *a fortiori* à l'application du dit article ; car, dit-il, l'administration des biens est pour le père un attribut moins précieux et moins essentiel que l'administration de la personne.

Mais est-il exact de dire que le père puisse être destitué de la puissance paternelle sur la *personne* de ses enfants ? En tout cas, peut-on réellement invoquer, pour soutenir cette thèse, l'art. 444 placé au titre de la tutelle ? Si cette première proposition est inexacte, l'argument *a fortiori* tombe naturellement.

M. Demolombe lui-même commence par reconnaître, qu'il n'y a pas de texte pour établir la possibilité de destitution du père dans le premier cas ; c'est seulement en désespoir de cause, et parce qu'il lui en faut un, qu'il se résout à invoquer l'art. 444. « Il n'y a pas « de texte, dit-il ; comment faire ? Nous ferons comme « nous pourrons ; mais il faut absolument que nous « en venions là ». — Ce langage est-il juridique ? L'art. 444 parle du tuteur. Peut-on, par une *application utile*, étendre au père une déchéance édictée pour un autre ? Y a-t-il des actions utiles en droit français ? Les incapacités et les déchéances sont de droit étroit, et doivent être renfermées dans les limites établies par le texte même de la loi. Nous avons écarté l'application des autres articles compris dans les sections VI et VII du titre de la tutelle. Pourquoi faire une exception pour l'article 444 ? — M. Demolombe finit par avouer qu'« après tout, cet article n'est pas « *directement applicable* à l'administration légale, et

« que les magistrats feront bien d'y mettre eux-mêmes des ménagements ». Dire qu'un article contenant une déchéance n'est pas directement applicable à telle espèce, c'est dire qu'il est défendu aux tribunaux de l'appliquer. — L'administration légale est une émanation de la puissance paternelle; considérées dès lors il n'y a que les causes faisant légalement déchoir de cette puissance, qui puissent être comme des causes d'exclusion de l'administration légale.

En ce qui concerne spécialement l'*inconduite notoire*, mentionnée en tête de l'article 444, si, en se plaçant au point de vue purement moral, on doit désirer qu'elle soit une cause de déchéance du droit *de garde ou d'éducation*, il est impossible d'en dire à priori autant en ce qui concerne le droit *d'administration*. Un père dissolu peut être un excellent administrateur. On ne peut pourtant pas scinder l'article 444. Mieux vaut franchement reconnaître que son caractère exceptionnel le rend inapplicable.

B — C'est ce que font certains auteurs, et notamment MM. Aubry et Rau (42), reproduisant la doctrine déjà soutenue par M. Aubry seul dans l'article de la Revue de Droit français et étranger, que nous avons déjà cité. — Mais ils s'empressent d'apporter à cette solution, une restriction si considérable, qu'en fait, leur système aboutit à peu près au même résultat, mais par d'autres moyens : si, disent-ils, par *incapacité ou infidélité* dans sa gestion, le père lésait ou compromettrait les intérêts de ses enfants, les tribunaux pourraient lui retirer

(42) § 123, texte et notes 9-13.

l'administration légale, *en vertu du principe que toute autorité est soumise à un contrôle.*

Voici comment on raisonne dans ce système. — Quelqu'élevée que soit l'autorité paternelle, elle ne saurait rester affranchie de toute surveillance. Ce serait accuser gravement l'imprévoyance du législateur que de lui prêter une intention contraire. C'est un *principe*, que toute autorité est soumise à une surveillance quelconque. — Quoique non formulé d'une manière générale et abstraite, ce principe n'en sert pas moins de base à notre système constitutionnel. Il est écrit dans nos différentes lois politiques par les applications qu'elles en contiennent. — De même, en droit civil, la puissance maritale, qui présente de si grandes analogies avec la puissance paternelle, est soumise à un contrôle : c'est celui de l'autorité judiciaire. La femme peut obtenir devant le tribunal, soit la séparation de corps, soit la séparation de biens. — Le tuteur est sous le contrôle du conseil de famille. — Il faut que le père soit, comme le mari et le tuteur, soumis à une surveillance quelconque. Mais quel sera ce pouvoir contrôleur ?

Ici les auteurs se divisent.

Quelques-uns admettent *l'intervention du conseil de famille* (43). Ce serait à ce conseil qu'il appar-

(43) Zachariæ, § 99, texte et note 11. — Dans l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt de Cassation de 1829 précité, c'était, en fait, le conseil de famille qui avait écarté le père de l'administration. Mais les débats ne portèrent que sur la question de savoir, si l'administration légale pouvait être retirée au père, et non sur la question de compétence. Le jugement du Puy tranche au contraire directement la question en écartant la compétence du conseil de famille.

tiendrait de retirer directement au père l'administration légale.

Mais les observations du Tribunal nous apprennent que l'objet principal de l'art. 389 a été, précisément, de soustraire le père administrateur au contrôle du conseil. Accorder à l'assemblée de famille le droit de destituer le père, c'est mettre celui-ci « sous sa surveillance ». Or, le Tribunal ne l'a pas voulu. — Nous avons bien admis l'existence d'un conseil de famille temporaire, intermittent et pour ainsi dire *ad hoc*, convoqué à la requête du père pour une affaire déterminée, chargé, sur la demande du père, de l'autoriser à faire certains actes excédant les pouvoirs d'administration, ou même de nommer, en cas d'opposition d'intérêts, un administrateur *ad hoc* : tout cela ne constitue pas une surveillance, un contrôle. — Mais nous avons écarté toute idée d'une assemblée de famille, ayant un pouvoir propre et un caractère permanent, pouvant surveiller le père soit par chacun de ses membres en particulier, soit par l'intermédiaire d'un tiers nommé par elle à cet effet. Il n'y a donc pas de destitution possible suivant les formes des articles 446 à 449. — M. Demolombe lui-même, que nous avons vu invoquer l'article 444 pour établir les causes de déchéance (44), n'admet pas l'application de ces articles 446 à 449, lorsqu'il s'agit de fixer le mode de déchéance. C'est au tribunal qu'il confie ce pouvoir de surveillance et de destitution.

La plupart des auteurs, d'accord avec la jurispru-

(44) Nous avons vu aussi que M. Demolombe admet l'identité du père et du tuteur, quand il s'agit de déterminer les actes pour lesquels il faut ou non une autorisation.

dence, admettent également le *contrôle du pouvoir judiciaire*, en ce qui concerne les biens, comme en ce qui concerne la personne de l'enfant. On invoque en ce sens la tradition de l'ancien droit, et l'intention probable du législateur de ne pas s'en écarter.

C — Sans doute le contrôle des tribunaux, et le droit de destitution qu'on leur attribue, constitueraient une garantie sagement protectrice des intérêts des mineurs. Il serait désirable que la loi l'eût établie; mais, en l'état de notre législation, et étant donné le caractère de l'administration légale, il nous semble impossible d'admettre une pareille solution, sans faire la loi au lieu de l'interpréter.

M. Laurent (45) réfute, avec sa verve ordinaire, ce système de la destitution par le tribunal. — Le père, dit-il, est administrateur. L'administrateur est un mandataire; c'est à celui qui donne le mandat de le révoquer. Or le père tient son mandat de la loi; donc la loi seule peut déterminer les causes pour lesquelles l'administration doit lui être enlevée. Il y a une raison péremptoire pour le décider ainsi, lorsqu'il s'agit du père administrateur. S'il administre, c'est comme père; l'administration légale est une dépendance de la puissance paternelle; cette puissance étant d'*ordre public*, le législateur *seul* a qualité pour décider dans quels cas elle prend fin.

Nous avons vu, en effet, que, d'après le Code, l'administration des biens est, au même titre que celle de la personne, un attribut essentiel de l'autorité du père. Nous n'avons pas admis qu'un testateur ou un donateur pût en priver le père, par une clause insérée dans son legs ou dans sa dona-

(45) IV, 321.

tion (46). Pourquoi le tribunal le pourrait-il ? — Nous avons écarté l'intervention d'une autorité judiciaire, qui serait chargée d'apprécier discrétionnairement, et de valider ou rejeter, suivant l'intérêt du mineur, la dite clause de non administration (47). — Nous n'avons pas voulu non plus, que le tribunal pût autoriser directement le père à faire les actes excédant l'administration, et nous avons confié ce soin au conseil de famille (48). — Enfin c'est ce conseil, et non le tribunal, que nous avons chargé de nommer, en certains cas, un administrateur ad hoc (49). — Nous devons écarter encore ici l'intervention de l'autorité judiciaire : car ce pouvoir « modérateur », ce pouvoir « de haute surveillance, » et pour dire le vrai mot, ce pouvoir « discrétionnaire » nous semble contraire à notre organisation judiciaire actuelle.

On comprend que dans l'ancien droit cette intervention des magistrats ait été admise (50). Les Parlements avaient la plénitude des pouvoirs. Ils étaient des Etats Généraux au petit pied, et faisaient en certains cas la loi (Arrêts de règlement). L'absence de Code favorisait et nécessitait l'arbitraire des juges. Leur intervention s'expliquait d'autant mieux, que l'administration légale n'était pas alors considérée comme étant absolument d'ordre public (51).

Aujourd'hui l'ordre politique n'est plus le même. Notre organisation judiciaire moderne enlève aux

(46) Voir ci-dessus, chap. I, § 5.

(47) Voir *eod. loc.*

(48) Voir ci-dessus, chap. I, § 4.

(49) Voir ci-dessus, chap. III, § 3.

(50) Voir, *Droit ancien*, chap. III, § 2.

(51) La question était controversée.

tribunaux tout pouvoir discrétionnaire (52). Les juges ne peuvent pas intervenir pour régler d'eux-mêmes une matière qui est devenue d'ordre public ; et l'on ne peut pas dès lors invoquer ici le renvoi aux traditions de l'ancien droit que nous avons admis sur d'autres points. — Il y a certainement là un oubli regrettable du législateur. La question avait été posée au Conseil d'Etat, au moins en ce qui concerne l'administration de la personne (53). Le premier Consul avait demandé si l'on pourrait enlever au père la puissance paternelle. MM. Malleville, Regnier et Tronchet ayant interprété en des sens divers la tradition de l'ancien droit, Bonaparte demanda que la question fût résolue dans le nouveau Code. Mais, sur l'observation de Tronchet que l'on ne pouvait s'occuper d'abord des détails, la solution fut ajournée, et l'on omit plus tard de statuer. — *Il n'y a donc pas eu renvoi, mais oubli*, et la question doit être uniquement tranchée par les principes ou les textes qui ont passé dans le Code.

On objectera peut-être que nous avons admis le pouvoir discrétionnaire des magistrats, pour régler la situation des enfants en matière de divorce et de séparation de corps. — Mais dans ces deux cas, il y

(52) Sauf les cas très rares où la loi le leur donne, comme dans les art. 302 et 304 dont nous avons parlé, et dans l'art. 4. — On invoque parfois cet article contre notre système, et l'on dit que « le juge ne peut se refuser ici de juger, sous prétexte du silence de la loi ». Mais le juge ne *refusera pas de juger* ; il se contentera de décider que, la puissance paternelle étant d'ordre public, il ne lui est pas permis d'en dépouiller le père en dehors des cas prévus par la loi, et il rejettera la demande de destitution.

(53) Locré, VII, p. 20.

avait un texte (art. 302-304), ou au moins une intention qui nous a paru formelle. Ici il n'y en a point.

On allègue que toute autorité, quelque élevée qu'elle soit, est soumise à un contrôle. Mais ce prétendu principe n'est écrit nulle part. — On invoque le droit constitutionnel. Mais le droit constitutionnel n'a rien de commun avec le droit civil. Et d'ailleurs le principe ne comporte-t-il pas, même en cette matière, en droit comme en fait, de véritables exceptions? — On invoque l'exemple de la puissance maritale qui est aussi d'ordre public. Mais, si le tribunal peut restreindre cette puissance en accordant à la femme la séparation de corps ou la séparation de biens, c'est qu'il y a un texte. S'il n'y en avait pas, reconnaîtrait-on à cet égard aux magistrats un pouvoir discrétionnaire?

On dit encore : tout administrateur doit gérer en bon père de famille ; donc, s'il gère mal, il doit être révoqué. — Le raisonnement est illogique, et M. Laurent en fait bonne justice. Celui qui gère mal, dit-il, est responsable. Telle est la seule conséquence juridique de sa mauvaise gestion. Autre est la question de savoir si l'administrateur peut être révoqué et par qui il peut l'être. Vainement on invoque l'intérêt de l'enfant. C'est au législateur à pourvoir aux intérêts des incapables, ce n'est pas à l'interprète.

D — Admettons un instant la destitution par le tribunal, et voyons *comment il sera saisi* ? Ici les auteurs ne s'entendent plus ; et pourtant, comme les tribunaux n'ont pas de pouvoir inquisitorial, il faut bien qu'ils soient saisis par quelqu'un :

1° Ce sera *la mère*, disent les uns ; car la loi

compte sur sa vigilance. C'est elle qui fait fonction de conseil de famille et de subrogé-tuteur. — Mais la mère peut être de connivence avec le père.

2° Ce sera *la famille*, dit-on encore. Le conseil de famille nommera, conformément à l'art. 446, un tuteur ad hoc qui sera chargé de provoquer la destitution. — Mais n'y a-t-il pas contradiction à rejeter d'abord la section VII toute entière, pour admettre ensuite l'application d'une partie d'un article de cette section, l'art. 446 ?

3° Sera-ce *l'un des parents* rapprochés du mineur ? — Mais de quel droit ? Il n'y a pas d'action sans intérêt. Il s'agit de sauvegarder les intérêts pécuniaires du mineur. Les parents ne pourraient agir que comme héritiers ; or ils ne le sont pas encore, ils ne le seront peut-être jamais ; et le droit éventuel à une succession ne permet à l'héritier d'agir que lorsque la loi lui donne cette faculté.

4° Sera-ce enfin le *ministère public* ? — Mais, en supposant qu'il ait le droit d'agir en matière civile, il ne le peut que pour l'exécution des lois d'ordre public. Or, où est la loi qui prononce la destitution du père ?

Il faut donc s'en tenir au principe de la négative, et reconnaître qu'il y a là une lacune grave que le législateur seul peut combler (54). C'est précisément

(54) Il n'y aurait actuellement à cette situation que des remèdes indirects : 1° En cas d'*inconduite notoire*, la femme pourrait demander sa *séparation de corps*, et accessoirement le tribunal pourrait régler la situation des enfants, au moins dans le système que nous avons admis sur la séparation ; car on sait que la jurisprudence maintient ici l'administration légale au père. Il faudrait donc demander le *divorce*, et encore

un des points, que règle le projet de loi dont nous aurons à parler dans notre quatrième partie.

le tribunal pourrait très bien confier les biens au père, s'il est bon administrateur. — 2° En cas d'*incapacité* ou d'*infidélité*, la seule ressource serait la *dation d'un conseil* au père.

APPENDICE

Les père et mère naturels ont-ils l'administration légale des biens personnels de leurs enfants légalement reconnus ?

Il semble vraiment, que l'on ne devrait même pas se demander si l'art. 389 est applicable aux enfants naturels. Cet article dit en effet : « le père, *durant le mariage...* » Il ne s'applique donc qu'aux enfants légitimes. S'il n'y a pas mariage, il ne peut pas y avoir administration *légale* de l'art. 389.

M. Laurent soutient pourtant le système contraire (1). — Les enfants naturels, dit-il, comme les enfants légitimes, n'atteignent leur majorité qu'à 21 ans; jusqu'à ce moment leurs personnes et leurs biens ont besoin d'être surveillés et protégés. Ce protecteur quel sera-t-il ? La loi, en ce qui concerne l'administration de leurs personnes, les confie à leurs père et mère (art. 383); elle est muette en ce qui concerne les biens. Mais la raison et le droit naturel ne nous enseignent-ils pas, que l'administration des biens est, de même que l'éducation de la personne, un attribut de la puissance paternelle ? C'est un

(1) Tome IV, nos 359 et 413. Dans le même sens, Touiller, II, n° 1073 ; Favard, *Répertoire*, v° : Enfant naturel, § 3 ; Dalloz, *Répertoire*, v° Puissance paternelle, n° 196 in fine.

devoir que la nature impose et que la loi ne fait que consacrer. L'enfant ne peut veiller lui-même à ses intérêts ; qui peut mieux y veiller que ses père et mère ? Il n'y a sous ce rapport aucune différence à établir entre la filiation légitime et la filiation naturelle. En tant que la puissance paternelle est un devoir, elle est commune au père naturel. — A ceux qui invoquent le texte de l'art. 389, M. Laurent répond, qu'il y a bien d'autres textes qui supposent le mariage, et que les auteurs appliquent néanmoins aux père et mère naturels ; par exemple l'art. 203, relatif au devoir d'entretien et d'éducation, ne parle que des *époux*, et cependant on impose bien ce devoir aux *parents illégitimes*. Pourquoi ne pas appliquer de même l'art 389 ? — Quant à l'objection que l'on pourrait tirer du défaut de garantie morale, M. Laurent soutient que, dans le fait de la reconnaissance des enfants, il y a une assurance suffisante que les parents sont disposés à remplir leurs devoirs.

Malgré l'importance de ces arguments, nous croyons devoir, avec la majorité des auteurs (2), maintenir la solution négative.

Le Code n'assimile les parents naturels aux parents légitimes, qu'en ce qui concerne le droit de consentir au mariage de leurs enfants (art. 158), et le droit de correction (art. 383). Quant aux autres attributs de la puissance paternelle, et notamment l'administration légale, la loi est muette ; bien plus l'art. 389 la leur refuse implicitement. — *L'intention*

(2) Sic : Demolombe, VI, n. 650, et VIII, n. 381 ; Marcadé, II, art. 389, n. 2 ; Demante, II, n. 128 bis, 1 ; Aubry et Rau, VI, § 571, texte et note 13.

du législateur était d'ailleurs de ne pas admettre en matière de puissance paternelle l'assimilation des parents naturels aux parents légitimes. Lors de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat sur le titre de *la Puissance paternelle* (3), on repoussa un article du projet qui portait : « Les articles du présent titre « seront communs aux père et mère des enfants « naturels légalement reconnus » ; et l'on se contenta d'adopter l'art. 383, qui n'applique aux parents naturels que les dispositions relatives au droit de correction. On a écarté ainsi, non seulement la jouissance légale, mais encore l'administration, dont il était parlé au même titre dans le projet primitif. — Quant à l'argument que l'on prétend tirer de l'application de l'art. 203, il suffit de remarquer qu'en général correction et éducation vont ensemble.

La logique et la prévoyance exigeaient d'ailleurs qu'il en fût ainsi.

La logique : car, c'est seulement pendant le mariage, que le père légitime est administrateur ; après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, l'administration légale prend fin pour faire place à la tutelle. Or, le père ou la mère naturel, qui a reconnu son enfant, se trouve exactement dans la position du survivant des époux. — Peu importe que l'enfant n'ait été reconnu que par un seul de ses parents, ou qu'il l'ait été par l'un et l'autre ; les père et mère qui ont tous deux reconnu l'enfant n'en sont pas moins étrangers l'un à l'autre ; on ne s'expliquerait pas qu'il y eût tutelle lorsqu'un seul aurait reconnu l'enfant, ou que tous deux l'ayant reconnu l'un d'eux serait décédé, et qu'il y

(3) Locré VII, p. 14.

eût administration légale lorsque tous les deux l'auraient reconnu et existeraient encore. — Il y aura donc toujours tutelle.

La prévoyance : les parents naturels ne présentent pas de garantie morale suffisante. La légitimité des époux, l'esprit de famille, le contrôle respectif des conjoints l'un sur l'autre, peuvent être une protection suffisante dans le mariage. Ces garanties morales n'existent pas dans le concubinat ; il faut les remplacer par des garanties positives, que fournit seule l'administration tutélaire.

L'enfant naturel sera donc en tutelle dès sa naissance, ou plutôt dès qu'il aura des biens. — Quant à la question de savoir de quelle manière cette tutelle sera déferée, nous n'avons pas à entrer ici dans une discussion qui serait en dehors du sujet. Nous croyons pour notre part que la tutelle sera toujours dative.

En ce qui concerne les enfants incestueux ou adultérins, la question ne peut même pas se poser. Ils sont évidemment en tutelle, et cette tutelle ne peut qu'être dative.



DROIT COMPARÉ

DROIT COMPARÉ.

PROJETS DE LOI SUR L'ADMINISTRATION LÉGALE.

PRÉAMBULE.

Nous avons parcouru et essayé de résoudre les nombreuses controverses que soulève l'interprétation de l'article 389 du Code civil. Les solutions que nous avons cru devoir admettre sur plusieurs points peuvent avoir pour le mineur de très fâcheuses conséquences. — Qu'il nous suffise de citer, par exemple, la nullité de la clause de non administration, la liberté pour le père d'aliéner les valeurs mobilières, l'impossibilité de destituer un administrateur légal qui serait infidèle ou incapable. — Une loi nouvelle est nécessaire. — Mais, avant d'étudier les divers projets proposés et d'en faire la critique, il importe de jeter un coup d'œil rapide sur les législations étrangères.

Si, dans plusieurs pays, comme l'Angleterre, la Belgique et la Russie, on ne trouve encore que des dispositions presque aussi incomplètes que celles de notre Code civil, dans d'autres au contraire, (Prusse, Hongrie, Espagne, Portugal, Italie et majorité des cantons Suisses), des lois récentes ont soumis l'administration du père de famille à des

règles et garanties destinées à en assurer plus utilement le fonctionnement. — Nous insisterons plus particulièrement sur les lois les plus récemment promulguées ; élaborées à la suite de discussions savantes et approfondies, elles ont souvent apporté, en une matière aussi délicate, un sage esprit de conciliation entre les droits du père d'une part, et de l'autre les intérêts de l'enfant et ceux de la société. — Toutes, d'ailleurs, partent d'une idée commune, la nécessité d'un contrôle efficace : on veut protéger les biens comme la personne de l'enfant, tout en prenant pour base de cette protection les affections et la dépendance que la nature lui a créées au sein de la famille (1).

Assurément il y aurait un grave danger à marcher trop loin dans cette voie, surtout en ce qui concerne *la personne* de l'enfant. Sous prétexte de surveiller le père dans l'accomplissement de ses devoirs, on risquerait de porter une grave atteinte à son autorité, et de jeter la perturbation dans les familles par l'intervention trop fréquente de la puissance publique. — A ce point de vue, le projet de loi sur la Protection de l'enfance, déjà adopté par le Sénat dans la séance du 10 juillet 1883, est peut-être allé trop avant dans la voie de la restriction de la puissance paternelle. Nous aurons à l'étudier plus loin très rapidement, puisque, malgré son but direct qui est la protection de la *personne*, il doit avoir, indi-

(1) Voir dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée* de 1880 (p. 113 et suiv.), une très savante étude de M. Pradines, sur « Les limites apportées à la puissance paternelle par les législations étrangères ». — M. Pradines s'occupe surtout de la *personne* de l'enfant.

rectement, d'importants effets relativement à l'administration des *biens*.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il faut aujourd'hui en France une loi pour compléter ou remplacer l'article 389 ; et, pour la faire sérieuse, il importe de consulter non seulement notre propre expérience, mais encore celle des pays voisins.

Dans un premier Chapitre, nous parcourrons les principales LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES, en les faisant suivre d'un appendice sur *l'administration légale en droit international privé*.

Le deuxième Chapitre contiendra l'étude des divers PROJETS DE LOI, qui sont ou qui peuvent être proposés au *Parlement français* concernant l'administration légale.

CHAPITRE PREMIER.

Législations étrangères.

Nous avons déjà étudié et comparé (2) les deux institutions de la *patria potestas* et du *mundium*, qui représentaient dans l'ancien droit les deux théories, absolument opposées, de la famille romaine et de la famille germane.—Nous avons vu qu'en France elles s'étaient longtemps combattues, avant d'aboutir à la solution insuffisante admise par les rédacteurs du Code civil. — Ces deux traditions se sont également partagé l'Europe, et ont inspiré parallèlement les diverses législations des peuples qui sont nés à la suite des invasions barbares et de la chute de l'Empire romain.—Mais on peut dire qu'aujourd'hui, la première a dû presque partout céder le pas à la seconde. La tradition germane, ou plutôt le droit naturel dont elle était l'expression, a, surtout depuis un siècle, profondément transformé l'idée de la *patria potestas* romaine. A l'heure actuelle, le droit du pécule adventice justinienéen *n'est plus intégralement en vigueur nulle part*, même dans les pays qui sont d'ailleurs en grande partie régis encore par les lois romaines.

(2) Voir, *Droit ancien*, Chapitre I.

A cet égard, l'influence du Code Napoléon a été décisive. — C'est à sa suite et d'après son exemple, que la plupart des législations étrangères ont fini par admettre le grand principe de l'émancipation par le mariage ou par la majorité du fils. — Mais cette influence n'a pas été partout la même. Si quelques pays ont adopté notre système, d'autres conservent des traces très importantes du système romain ; enfin, certaines législations du Nord ne relèvent ni de l'un ni de l'autre, mais seulement des traditions locales, germaniques ou slaves.

Spécialement, en ce qui concerne la question de la tutelle après le décès du père ou de la mère, les opinions et les codes sont très divisés. — Ici, la tutelle s'ouvre au décès de l'un comme au décès de l'autre. Là, c'est seulement à la mort du père. Ailleurs, il n'y a jamais tutelle, mais simple continuation de la puissance paternelle. — En certains pays, la tutelle du conjoint survivant est légale. Dans d'autres, il faut une confirmation testamentaire, judiciaire ou administrative.

Quant à l'autorité chargée de contrôler le père administrateur, il y a également de profondes divergences ; conseil de famille, tribunal civil, tribunal spécial, conseil communal ou provincial, Etat même, on a tout essayé et pratiqué.

En ce qui concerne les pouvoirs du père administrateur, il existe une variété infinie depuis les droits très étendus du *pater familias* romain, jusqu'aux pouvoirs très restreints du tuteur ordinaire dans certaines législations germaniques.

En présence de toutes ces divergences, il est bien difficile de suivre dans cette étude un ordre absolument logique, et de grouper les divers pays dans

des *catégories bien rationnelles*. — D'autre part, il serait absolument antiscientifique d'adopter l'*ordre alphabétique* des Etats ; quant à l'*ordre chronologique* des codes ou lois spéciales, il ne donnerait pas les résultats qu'on croirait d'abord pouvoir en attendre. — Voici le système de groupement auquel nous avons cru devoir nous arrêter :

1° Nous verrons d'abord les *législations qui se rapprochent le plus du type français*, celles qui ont adopté notre art. 389, sauf à en compléter parfois les règles à raison de son insuffisance.

2° Nous parcourrons ensuite les pays qui ont conservé le plus d'analogie avec la *patria potestas* romaine, et que nous appellerons *pays de droit romain modernisé*.

3° La troisième section comprendra les *législations allemandes et suisses*, et celles qui s'y rattachent. Tout en conservant certains souvenirs de Rome, elles se distinguent par un respect moins étroit de la puissance paternelle, et tendent à se rapprocher de l'idée de tutelle, sous le contrôle de la puissance publique.

4° Dans la quatrième section, nous traiterons des *pays du Nord de l'Europe, qui reposent sur la pure tradition du munus*, sans avoir subi aucune influence romaine. Nous y joindrons d'une part la Russie slave, et de l'autre les Etats-Unis d'Amérique.

5° La cinquième section contiendra quelques renseignements sur divers *peuples en dehors du courant de la civilisation*, et dont la législation ne présente dès lors qu'un intérêt minime.

SECTION I.

Pays se rattachant au Code civil Français.

1° BELGIQUE.

De tous les pays qui ont adopté le type de la loi française, la Belgique est presque le seul qui, tout en reconnaissant son insuffisance, n'ait pas cherché à compléter l'article 389. Les critiques que mérite l'organisation de l'administration légale en France, sont donc communes à la Belgique (3). Il est même un point sur lequel la Jurisprudence belge se montre plus sévère que nos cours françaises : elle n'admet pas la validité de la clause de non administration (4).

Lors de la réforme du Code pénal en 1846 et en 1867 (loi du 8 juin), les législateurs belges avaient l'occasion de combler au moins partiellement les lacunes de leur loi civile, en privant en certains cas de la puissance paternelle, (et par conséquent de l'administration légale), les parents qui en ont abusé ; ils ne l'ont pas fait. Les articles 372 à 382 du Code pénal belge, reproduisent à peu près nos articles 331 à 335, sans même donner à ce dernier l'extension rationnelle qu'on était en droit d'attendre ; les articles 20 et 21 du Titre de l'Interdiction légale sont simplement la copie des art. 29 et

(3) Laurent : *Administration légale*, passim.

(4) Bruxelles, 28 nov. 1878 (Pasier., 79, 2, 253) ; Liège, 18 mars 1881 (Pas. 81, 2, 235) ; Cassation, 6 nov. 1879 (Pas. 79, 1, 400).

et 30 de notre Code civil, et présentent les mêmes lacunes (5).

Une réforme est donc nécessaire. — On sait que M. Laurent avait été chargé par l'ancien ministre de la justice, de rédiger un projet général de révision du Code civil. Dans son *Avant Projet* (6), l'illustre professeur de l'Université de Gand consacre 6 articles à l'administration légale. C'est un document d'une haute importance que nous reproduirons plus loin in extenso, comme l'un des meilleurs projets que l'on puisse présenter aux Chambres françaises, aujourd'hui saisies de la question (7).

2° PAYS-BAS.

Le Code civil des Pays-Bas, qui a remplacé en 1838 le Code Napoléon introduit en 1811 après la conquête, n'est que le Code français revu et sagement remanié. — Le Titre de la puissance paternelle est rédigé avec une préoccupation manifeste de contenir dans des limites plus étroites les prérogatives du père; il tranche en outre quelques-unes des questions les plus controversées sur l'art. 389 (8).

(5) Sic, Pradines, *loc. cit.*, p. 128.

(6) Bruxelles, 4 vol. 1882-1884, Exposé des motifs et texte remanié des 1429 premiers articles du Code civil.

(7) M. Laurent avait pourtant écrit, il y a quelques années : « Nous admirons le Code Napoléon comme un chef-d'œuvre. « Il a ses imperfections comme toute œuvre humaine, mais « nous redoutons sa révision. Au lieu de le réformer, on pourrait bien le déformer. » — Il est certain que, sur le point dont s'agit, la réforme proposée par M. Laurent est loin d'être une déformation. — L'art. 139 de la Constitution de 1831 ordonnait la révision des Codes belges.

(8) Voir : Anthoine de St. Joseph, II, p. 361. — Pradines, p. 130. — *Observations critiques sur le Code civil néerlandais comparé avec le Code Napoléon*, par J. Verduchène (Maëstricht, 1863.)

1/ L'art. 362 reproduisant l'art. 389, § 1, y ajoute le paragraphe suivant : « La disposition ne s'applique « pas aux biens qui leur sont donnés sous la « *condition expresse qu'ils ne seront pas administrés* « *par le père*, mais seront placés sous une adminis- « tration spéciale. Si cette administration cesse, le « père reprend la gestion. Il peut demander compte « aux administrateurs de leur gestion pendant la « minorité ». — La question de la validité de la clause de non administration est donc, et avec raison, tranchée législativement dans le sens de l'affirmative. Mais on peut se demander pourquoi, à défaut du tiers désigné, le père reprend l'administration. Ne serait-il pas plus rationnel de faire, à cet effet, désigner un autre administrateur par le Tribunal ?

L'art. 363 reproduit à peu près notre art. 389, § 2(9).

2/ L'art. 364 est caractéristique : « Le père, « dit-il, ne pourra *disposer* des biens de ses enfants « mineurs, qu'en observant les règles établies au « titre de la *tutelle* pour l'aliénation des biens des « mineurs ». — Ainsi la loi prend parti dans la grave controverse soulevée en France à propos des actes de disposition : elle admet l'intervention d'un conseil de famille intermittent, bien que l'administration légale ne soit pas une tutelle.

3/ D'après l'art. 365, « dans tous les cas où le père « aura un intérêt opposé à celui de ses enfants, ces « derniers seront représentés par un *curateur ad hoc nommé par le Tribunal d'arrondissement* ». —

(9) Les père et mère ont l'usufruit légal dans les termes mêmes de nos art. 384-387, (art. 360 et suivants); mais cet usufruit ne cesse qu'à l'âge de 20 ans. — La majorité est fixée à 23 ans.

Nouvelle controverse tranchée d'une façon satisfaisante.

4/ Enfin l'art. 355 a pris la précaution d'ajouter à la rédaction de notre article 373, auquel il correspond, les mots suivants : « En cas d'impossibilité du « père, la puissance paternelle passe de droit à la « mère ». Cette utile addition a suffi pour autoriser les tribunaux hollandais à considérer l'incapacité ou même l'indignité comme une impossibilité. Les Tribunaux français admettent bien qu'en certains cas d'impossibilité l'autorité passe à la mère (arg. art. 141) ; mais il n'y a là qu'une interprétation circonscrite aux cas d'impossibilité matérielle.

5/ En dernier lieu, le Code hollandais reconnaît l'interdiction, l'absence déclarée, l'indignité résultant de l'art. 335 du Code pénal, enfin la dégradation civique, comme des causes de déchéance de la puissance paternelle.

Le nouveau Code pénal du 3 mars 1881 (10), n'a pas admis, à cet égard, les réformes que l'on pouvait en attendre. On a préféré les renvoyer au projet de révision du Code civil, dont les Chambres hollandaises sont saisies depuis plusieurs années.

D'après ce *Projet*, l'interdiction de la puissance paternelle, et par conséquent de l'administration légale, serait appliquée d'une façon excessivement large. — Les juges pourraient la prononcer comme peine accessoire : 1^o contre les parents qui sciemment auraient commis quelque infraction à la loi pénale de complicité avec leurs enfants mineurs ; 2^o contre les parents qui se seraient rendus cou-

(10) Voir le compte rendu, dans *l'Annuaire de la Société de Législation étrangère*, 1882.

pables envers leurs enfants d'une infraction contre l'état civil (suppression d'état), d'un attentat aux mœurs, d'homicide ou de coups. — La même peine pourrait être prononcée contre tout individu reconnu coupable d'homicide, d'avortement, d'attentat aux mœurs, de vol simple, de recel, d'extorsion de titres, de chantage, d'abus de confiance, de banqueroute, de concussion, et enfin même contre les commerçants qui se seraient rendus coupables de détournements au préjudice de leurs créanciers après une faillite ou une cession de biens.

Il y a là une exagération évidente d'une idée juste en soi. Il ne faut pas, sous prétexte de protéger l'enfant, risquer de supprimer le respect même de la puissance paternelle. Sans doute la limite est difficile à établir ; mais le projet de Code hollandais nous paraît l'avoir dépassée.

On sait que le LUXEMBOURG est toujours soumis au Code civil français qui y fut mis en vigueur dès sa promulgation.

3^e ÉTATS DU RHIN.

La loi française, introduite en Allemagne après les conquêtes de Napoléon, a depuis lors continué à régir la Prusse rhénane, le Palatinat rhénan, la Hesse rhénane et le Grand Duché de Bade, sauf quelques modifications de peu d'importance (41).

Dans le GRAND DUCHÉ DE BADE, la loi du 22 décembre 1809 est venue établir en certains cas l'intervention des autorités administratives. La loi du 18 avril 1810 a admis la surveillance du *Waisen-*

(41) *Das Code civil Franzoesich und Deutsch*, Dusseldorf, 1883.

richter, juge chargé en matière de tutelle de jouer le rôle de subrogé-tuteur des orphelins. Enfin la loi du 22 décembre 1874 (12) établit, pour surveiller d'une façon générale les intérêts des mineurs, la compétence des Tribunaux de district.

Quant à la PRUSSE RHÉNANE, si l'on admet sur l'art. 389 de notre Code le système de l'extension des règles de la tutelle à l'administration légale, il ne faut pas oublier que la tutelle y est régie aujourd'hui par la loi prussienne du 5 juillet 1875, dont nous parlerons plus loin. Le conseil de famille notamment n'y est plus que facultatif. — En outre la loi du 12 juillet 1875, sur la Capacité, y a abrogé implicitement l'art. 1305 du Code civil.

Conformément aux dispositions constitutionnelles de l'Empire d'Allemagne, L'ALSACE ET LA LORRAINE ont conservé notre Code civil. — Mais la loi du 22 octobre 1873 est venue y apporter quelques améliorations en notre matière (13). Elle ajoute aux *garanties*, protégeant les *mineurs en général*, l'obligation imposée aux officiers de l'état civil de provoquer l'apposition des scellés (art. 1 et 2), et la faculté accordée aux juges de paix de prononcer des amendes contre les membres du conseil de famille, (dont le nombre est réduit à 4) (art. 4). — D'autre part, et afin de diminuer les frais, elle admet la dispense des scellés et de l'inventaire notarié pour les successions de minime importance. (art. 2 et 3). Elle dispense du ministère de l'avoué les homologations

(12) *Annuaire*, 1875, p. 240. — Voir *das Badische Landrecht*, par K. Kah, Mannheim, 1877.

(13) *Loi sur l'exercice des droits de tutelle par les Tribunaux de district*. — *Annuaire*, 1874, p. 557.

de décisions du conseil de famille. La transmission des décisions se fait entre le juge de paix et le tribunal par l'intermédiaire du ministère public (art. 5). Enfin certains actes sont visés pour timbre et enregistrés gratis (art. 7). L'assistance judiciaire est organisée pour les tutelles sur une base plus large que celle de notre loi de 1851.

4° POLOGNE.

Le Code Napoléon, apporté en Pologne en 1808 par les armées impériales, y est encore en vigueur dans la plupart de ses dispositions (14). Mais la loi du 13 juin 1825 a modifié le Livre Premier concernant les personnes. Tout en conservant les principes du Titre IX de la Puissance paternelle, elle y a inséré des remaniements utiles ; la réforme est d'ailleurs encore fort incomplète.

Il y a quatre principales modifications :

1/ D'abord, on a transporté l'article 341, correspondant à notre art. 389, à sa véritable place, c'est-à-dire au titre de la Puissance paternelle, immédiatement avant l'usufruit ; ce qui, pour l'interprétateur, semble indiquer l'intention de s'écarter des règles de la tutelle.

2/ L'art. 348 déclare, que si le père est interdit, absent, ou suspendu dans l'exercice de ses droits (15), la *tutelle* des mineurs appartient de droit à la mère.

(14) S. Joseph, III, p. 164. — Lehr, *Eléments de droit civil russe*, Paris, 1877, pages 100 et 142.

(15) Ce qui comprend les personnes condamnées à une peine afflictive ou infamante (art. 21 du Code polonais), et celles engagées dans des vœux monastiques (art. 414). — L'individu non chrétien ne saurait également avoir la puissance paternelle sur un chrétien.

— Nous avons admis au contraire, que dans les mêmes hypothèses la mère ne serait pas tutrice, mais bien administrateur.

3/ D'après l'art. 349, en cas de dissolution du mariage par le divorce, ou en cas de séparation de corps pour un temps limité, le père devient de plein droit, s'il est innocent, le *tuteur* des enfants mineurs et non émancipés, sans qu'on ait à distinguer si la mère est ou n'est pas innocente. Si le père est déclaré coupable et la mère innocente, la mère est *de droit tutrice* des enfants. Si les deux époux sont coupables, le *conseil de famille* prononce sur les mesures à prendre pour la tutelle des mineurs. — Quelqu'appréciation que l'on puisse porter sur ces diverses solutions, il est certain que le législateur polonais a bien fait de trancher une question délicate, que les rédacteurs de notre loi de 1884 ont eu le tort de laisser douteuse.

4/ M. Pradines (16) semble croire que l'art. 416, reproduisant notre art. 444, est applicable au père administrateur incapable ou infidèle. — Mais on peut se demander si le déplacement de l'art. 341, correspondant à l'art. 389, ne devrait pas au contraire faire écarter cette extension.

Quoi qu'il en soit de ces améliorations, la législation polonaise reste comme chez nous fort incomplète, et la réforme de 1825 a été insuffisante.

5° ILES IONIENNES.

Le Code civil des Iles Ioniennes de 1841 (17) est emprunté en grande partie au Code Napoléon : mais

(16) *Op. cit.*, p. 132.

(17) S. Joseph, II, p. 409.

en matière d'administration légale, il a résolu assez habilement plusieurs des questions soulevées par notre article 389.

1° *Question de la validité de la clause de non administration.* — L'art. 284 déclare que toute personne, qui fait une disposition de biens en faveur d'un mineur sous puissance paternelle, peut, par le même acte, désigner un *curateur* pour l'administration de ces biens. Ce curateur rendra compte de son administration, lorsque le mineur sera majeur ou émancipé, d'après la manière fixée pour rendre les comptes de tutelle. — L'art. 285 ajoute, que, si le curateur désigné refuse d'accepter cette charge, ou s'il meurt avant que le mineur soit majeur ou émancipé, il en sera nommé un autre par le Tribunal civil. — Si, par suite de la mort du père ou de la mère, il y a lieu à tutelle, le curateur continuera d'exercer ses droits, et dans ce cas on lui appliquera toutes les dispositions relatives aux curateurs des biens des mineurs en tutelle.

2° *Question de l'aliénation des meubles.* — D'après l'art. 286, § 1, le père, en sa qualité d'administrateur, pourra aliéner les meubles *pour en faire un emploi utile.*

3° *Question de l'autorisation pour faire les actes de disposition.* — D'après les paragraphes 2 et 3 de l'art. 286, c'est au *tribunal civil* que le père devra s'adresser, pour aliéner ou hypothéquer les immeubles du mineur, ou pour refuser une succession (18).

(18) Cette solution s'explique d'ailleurs par ce fait, que le Code des Iles Ioniennes a supprimé l'existence du conseil de famille et du subrogé-tuteur, même pendant la tutelle, et les a remplacés par le tribunal civil.

Mais il peut accepter seul sous bénéfice d'inventaire (19).

6° ITALIE.

Avant la promulgation du Code civil de 1866, l'Italie, si longtemps morcelée, présentait en notre matière une grande variété de législation. — Après avoir admis, au commencement du siècle, le Code Napoléon, chaque Etat de la péninsule l'avait ensuite modifié suivant ses aspirations particulières, pour revenir en partie aux traditions antérieures issues plus ou moins directement de la *patria potestas* romaine. Nous dirons quelques mots de ces divers Codes parce qu'ils avaient déjà, sur plusieurs points, amélioré la rédaction insuffisante du Code Napoléon.

Le Code Albertin, donné à la SARDAIGNE en 1837(20), était une combinaison du système des pécules romains avec les principes de notre Code civil. — Le père administrateur et usufruitier des biens adventifs de son fils jusqu'à l'âge de 30 ans (art. 224 et 231), ne pouvait aliéner ni engager ces biens qu'en cas de nécessité ou d'utilité reconnue, et après avoir obtenu l'autorisation du *tribunal de judicature-mage* de son domicile (art. 232); pour tout autre acte il avait une liberté absolue; mais, *en cas de dilapidation*, le tribunal avait le droit de pourvoir à l'administration de la manière qu'il jugeait la plus convenable (art. 239). — Le fils *majeur* de 21 ans pouvait d'ailleurs ester en jugement à l'occasion de ses biens avec l'autorisation du tribunal (art. 233). — Le

(19) L'art. 288 déclare *nul de plein droit* tout contrat fait par l'enfant sous puissance.

(20) Saint-Joseph, *Concordance*, I, p. 30 et suiv.

mariage n'entraînait pas émancipation tacite (art. 211); mais l'enfant marié pouvait prétendre à l'administration et à la jouissance de ses biens, lorsqu'il atteignait 25 ans (art. 225), à moins que le père ne se les fût réservées en le mariant (art. 240). — Le *décès de la mère* ne donnait pas ouverture à la tutelle; le *décès du père*, au contraire, donnait lieu à la tutelle légale de la mère, si le père ou l'aïeul n'avait pas choisi de tuteur testamentaire (art. 245). — En cas d'absence, d'*interdiction* ou de *condamnation du père à plus d'une année d'emprisonnement*, la mère exerçait tous ses droits (art. 103 et 236).

Le Code promulgué en 1820 pour les duchés de PARME, PLAISANCE ET GUASTALLA (21), se rapprochait davantage de notre Code civil (voir surtout l'art. 101). Les art. 96 et 97 tranchaient deux importantes controverses. — Art. 96 : La *condition que le père n'administrera pas*, ne peut pas être admise; mais dans ce cas le père sera tenu de rendre des comptes, comme tout autre administrateur. Dans les autres cas, l'enfant ne pourra former d'opposition contre son père lors de la reddition des comptes, à moins que l'opposition n'ait été reconnue par le juge de nature à être admise nonobstant les égards dûs à la puissance paternelle. — Art. 97. Le père devra pour les actes d'aliénation demander l'*autorisation du prêteur*.

Le Code de MODÈNE de 1851 (22), déclarait, dans son article 134, que le père a *indistinctement* l'administration de tous les biens de son enfant mineur.

(21) Saint-Joseph, III, p. 25. Le royaume Lombard-vénitien était régi par le Code autrichien de 1811 (voir ci-dessous).

(22) Saint-Joseph, II, p. 601.

— L'art. 135 était à peu près la reproduction de notre article 389 (23). — L'art 136 renvoyait pour les actes d'aliénation aux *règles de la tutelle*. La vente ne pouvait donc avoir lieu qu'après estimation d'un expert nommé par le juge (art. 287).

LES ETATS-ROMAINS étaient régis par le dernier droit de Justinien ; toutefois l'on admettait en plus l'émancipation tacite résultant du mariage et de l'habitation séparée (*Motu proprio* de Grégoire XVI, du 10 novembre 1834). — La TOSCANE, qui était soumise à peu près aux mêmes règles, avait admis en outre l'extinction de la puissance paternelle, lorsque l'enfant de famille avait 30 ans.

Enfin le Code des DEUX SICILES de 1819 (24), se rapprochant au contraire du Code Napoléon, reproduisait notre art. 389 (art. 291), mais en y ajoutant que « le père, en sa qualité d'administrateur, peut *aliéner les biens mobiliers, pour en employer utilement le prix* ». L'art. 292 déclarait que le père ne peut accepter une succession que sous bénéfice d'inventaire, et la répudier qu'avec l'approbation du *tribunal civil*. Pour hypothéquer et aliéner les immeubles, il fallait également s'adresser au tribunal. — A la différence du Code Sarde, l'art. 294 admettait l'ouverture de la tutelle au décès de la mère. — De 21 à 25 ans, le majeur n'avait qu'une demi-capacité (art. 295).

L'unité de territoire devait entraîner comme conséquence l'unité de législation. — Un Code civil *italien* a été promulgué en 1866. Il dérive directement du

(23) Mais l'administration légale durait pour le fils jusqu'à 25 ans, pour la fille jusqu'à son mariage, sauf émancipation (art. 140).

(24) Saint-Joseph, I, p. 30 et suiv.

nôtre ; c'est le code civil français amélioré et adapté aux besoins de l'Italie (25).

Le titre VIII traite de la Puissance paternelle avec d'amples détails ; on a mis à profit, pour en régler l'exercice, tout ce que la jurisprudence française des 60 dernières années pouvait suggérer de raisonnable et d'utile pour combler les lacunes du Code Napoléon ; on a cherché en même temps à résumer tous les progrès qui avaient été auparavant plus ou moins partiellement réalisés par les législations contemporaines. Non seulement le Code italien réprime les abus ; mais il cherche à les prévenir.

Il y avait d'ailleurs un motif spécial pour régler avec soin l'administration légale, c'est que la *tutelle* du survivant des père et mère n'a pas été admise. Après comme avant le décès de l'un des conjoints, il y a *simple administration* ; ce qui donne à celle-ci une importance pratique toute particulière (26). — La *mère* est d'ailleurs mise à cet égard sur le même pied que le père (27). — Il n'est dès lors pas question de subrogée-tutelle, de conseil de famille ou d'hypothèque légale. L'administration légale du père ou de la mère est une institution complètement à part (28).

(25) Huc et Orsier, *Le Code civil italien et le Code Napoléon* : I, pages 2, 93 et suivantes ; II, p. 52-57. — Voir aussi Gide, *Législation civile dans le royaume d'Italie* (Revue historique, juillet 1866). — Pradines, *op. cit.* p. 133.

(26) Mais les enfants naturels (art. 186) sont en tutelle.

(27) Diff. avec le Code Sarde qui n'admettait que l'*administration* du père survivant. — Les règles de la tutelle italienne sont particulièrement sévères (art. 277 à 310). Les art. 343 à 349 établissent dans chaque préture un registre des tutelles comme en Allemagne.

(28) Le système du père tuteur, qui était admis par le projet

L'art. 220, § 3, commence par poser, à l'instar du Code hollandais, qu'en cas d'impossibilité du père pendant le mariage, la mère exerce tous ses droits.

Les art. 224 à 226 distinguent trois sortes d'actes :

1° Ceux que le père peut faire seul (art. 224, § 1). — Ce sont les actes de simple administration, et entre autres l'acceptation des successions, laquelle doit toujours être *bénéficiaire* (art. 226, § 1).

2° Ceux pour lesquels l'autorisation du prêteur (ou juge de paix) est nécessaire. — Ce sont les recouvrements de capitaux et la vente des effets mobiliers sujets à détérioration. Cette autorisation suffit, à la condition d'un nouvel emploi dont la sûreté doit être reconnue par le prêteur lui-même (art. 225).

3° Les actes pour lesquels l'autorisation du tribunal civil est nécessaire. — Le père, dit l'art. 224 § 2, ne peut aliéner, hypothéquer, engager les biens de

de Code, a été rejeté, après de brillants débats, comme attentatoire à la puissance paternelle. On a voulu rehausser l'autorité du père, tout en entourant son administration de certaines garanties. « Il n'est pas possible, disait M. Burniva, « de faire dépendre l'autorité paternelle du maintien du mariage, d'admettre que, par la mort de la femme, le père soit « déchu du rôle de chef de famille, réduit à la condition d'un « tuteur ordinaire, soumis comme tel à fournir des garanties « qu'on ne devrait pas exiger de lui. Une pareille situation ne « peut que nuire aux intérêts moraux de la famille ». — M. de Stefani-Nicolosi voulait qu'on allât bien plus loin encore et proposait l'article suivant : « Le fils ne peut aucunement suivre « une voie d'exécution, quelle qu'elle soit, contre son père ou « sa mère, ssns avoir au préalable essayé avec eux une conciliation devant le Président du tribunal, dans la forme prescrite pour les demandes en séparation de corps. En cas de « non conciliation, le Président aura la faculté d'accorder ou « de refuser l'action suivant les cas » (Huc, I, p. 102). »

l'enfant, ni contracter en son nom des emprunts ou autres obligations dépassant les limites de la simple administration, excepté en cas de nécessité ou d'utilité évidente pour l'enfant lui-même, et moyennant l'autorisation du Tribunal civil.

L'art. 226 § 2 ajoute que, si le père ne veut ou ne peut accepter une succession, le Tribunal, à la requête de l'enfant, de l'un des parents, ou même sur la demande d'office faite par le procureur du roi, peut en autoriser l'acceptation, après avoir nommé un curateur spécial et entendu le père.

En cas d'*opposition d'intérêts* entre des enfants soumis à la même puissance paternelle, ou entre les enfants et le père lui-même, l'art. 224, § 3 et 4, dit qu'il leur sera nommé un *curateur* spécial. — Ce curateur est nommé par l'*autorité judiciaire ordinaire* devant laquelle l'instance est pendante, et dans tout autre cas par le tribunal civil.

D'après l'art. 227, la *nullité* des actes faits contrairement aux articles précédents, ne peut être proposée que par le père, ou par le fils et par ses héritiers ou ayants cause.

Enfin l'art. 233 pose le principe de la *déchéance* de la puissance paternelle (29), prononcée avant tout crime ou délit, à titre préventif, contre le père qui manque à ses devoirs ou devient incapable de les remplir. Il est ainsi conçu :

« Si le père ou la mère abuse de l'autorité paternelle par la violation ou la négligence de ses de-

(29) Déjà l'art. 221 § 2, donnait au président du Tribunal le droit d'éloigner l'enfant pour de justes motifs de la maison paternelle (arrêt de Paris du 2 août 1872). — La loi du 21 déc. 1873 (*Annuaire*, 74 p. 318) prive de la puissance paternelle le père qui emploie son enfant dans une profession ambulante.

« voirs, ou par une *administration mauvaise* des biens
« de l'enfant, le *Tribunal, sur la demande des parents*
« *les plus proches ou même du ministère public*, peut
« nommer un tuteur à la personne de l'enfant ou
« un *curateur à ses biens*, priver l'auteur de l'usu-
« fruit (30) en tout ou en partie, et prendre toute
« autre mesure qu'il jugera convenable dans l'in-
« térêt de l'enfant ».

Nous avons dit qu'au décès du père, l'*adminis-
tration légale* passe entre les mains de la mère. La
théorie est neuve et hardie ; aussi l'art. 235 admet-il
certaines précautions. Le père peut, par testament
ou par acte authentique, imposer des conditions à
la mère survivante pour l'éducation des enfants et
pour l'administration de leurs biens. La mère, qui ne
veut pas accepter ces conditions, peut demander à
en être dispensée, en faisant convoquer par le pré-
teur un *conseil de famille* (31), afin qu'il délibère sur
la demande de dispense. La délibération sera sou-
mise à l'homologation du tribunal qui statuera
sur les conclusions du ministère public.

Si le père et la mère sont l'un et l'autre dans l'*im-
possibilité* d'exercer l'administration, il y a *ouverture
de la tutelle* (art. 241) (32).

(30) Le Code italien (art. 228 à 233), accorde au père et à la mère l'usufruit légal jusqu'au jour de la *majorité* ou de l'éman-
cipation de l'enfant. Cet usufruit cesse par le second mariage
du père comme de la mère.

(31) On convoque également un conseil de famille pour
savoir si l'on conservera l'administration à la mère remariée
(art. 237 à 239). Ce sont les deux seuls cas de convocation
d'un conseil tant que l'un des parents est vivant et capable.

(32) L'aïeul paternel, et à son défaut l'aïeul maternel, sont
de plein droit tuteurs (art. 244).

Enfin l'art. 247 déclare, que quiconque institue un mineur pour héritier, peut lui nommer un *curateur spécial* seulement pour l'administration des biens qu'il lui transmet, le mineur serait-il même soumis à l'autorité paternelle.

Il est inutile d'insister sur l'importance de l'œuvre du législateur italien en notre matière. On peut la critiquer à plusieurs points de vue ; elle n'en reste pas moins bien supérieure à notre Code, soit par certains principes généraux, soit par le grand nombre de règles de détail dont elle s'est enrichie. — M. Pradines (33), en se plaçant spécialement au point de vue de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, va même jusqu'à la considérer comme « la dernière expression de perfectionnement des dérivés du droit français ».

La PRINCIPAUTÉ DE MONACO, autrefois régie par l'ancien Code Sarde, a, depuis 1881, un nouveau Code civil, lequel est à peu près la copie du Code Napoléon. — L'art. 286 de la loi monégaste est la reproduction pure et simple de notre art. 389. — L'art. 269, qui correspond à notre art. 373, confie l'autorité à la mère, *au cas où le père ne pourrait pas l'exercer*. — La mère naturelle a la tutelle légale de ses enfants mineurs (art. 292) (34).

(33) *Op. cit.*, p. 134.

(34) Nous n'avons pas parlé du *Code roumain* de 1864, qui, paraît-il, s'est inspiré surtout de notre Code civil, mais sur lequel nous n'avons pu nous procurer aucun renseignement précis. — Quant à certains codes de la Suisse occidentale qui se rattachent au type français, nous en parlerons dans la section III, afin de ne pas scinder l'étude des législations Suisses.

7° CODES AMÉRICAINS. — LOUISIANE, HAÏTI ET BOLIVIE.

Le Code de la LOUISIANE (35), qui a remplacé en 1824 l'ancienne coutume de Paris maintenue en 1803 après la cession, reproduit presque textuellement (art. 167) notre article 389, et consacre les principes du Code Napoléon en matière de puissance paternelle. Toutefois, l'art. 371 admet l'*émancipation forcée*, en cas de mauvais traitements, refus d'aliments ou exemples corrupteurs.

Le Code d'HAÏTI de 1826, dans ses articles 314 à 330, est la simple copie de nos art. 371 à 389. (36).

De tous les États de l'Amérique du sud, la BOLIVIE (37) est le seul qui se soit presque complètement affranchi du droit espagnol (38). Le Code Bolivien de 1845 est calqué sur le nôtre. L'art. 300 reproduit notre art. 389 en le mettant à sa place, au titre de la Puissance paternelle. Mais l'art. 312 déclare que le père est *forcé d'émanciper* son enfant en cas d'abus de l'autorité paternelle. — Il ne peut être question du conseil de famille, puisqu'il n'existe même pas sous la tutelle (art. 385). C'est donc au juge que le père s'adresse pour les actes d'aliénation (38 *bis*).

(35) Voir une étude de Mr Magne, dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1872, p. 201. — Voir aussi Saint-Joseph, II, p. 470.

(36) Saint-Joseph, II, p. 325.

(37) Id. II, p. 77.

(38) Voir ci-dessous, Section II in fine, les autres états de l'Amérique du Sud.

(38 *bis*) En Afrique, en dehors des colonies françaises, notre Code civil est également en vigueur dans l'île Maurice.

SECTION II.

Pays de Droit romain modernisé.

Le droit du pécule adventice justinienéen n'est plus *intégralement* en vigueur nulle part, même dans les pays qui sont d'ailleurs en grande partie régis encore par les lois romaines. Le développement et la propagation générale des idées modernes ont fait admettre presque partout la cessation de la puissance paternelle soit à la majorité, soit lors du mariage de l'enfant. De même le rôle et l'influence légitime de la mère ont été reconnus dans plusieurs pays. C'est seulement sous ces réserves que continuent à être appliquées les règles des pécules dans les pays de droit romain modernisé.

Cette seconde section comprendra divers peuples des bords de la Méditerranée, et en outre la plupart des pays de l'Amérique du Sud qui se rattachent plus ou moins aux anciennes législations espagnole et portugaise.

1° GRÈCE.

La Grèce (39), en attendant un Code civil dont quelques lois détachées ont seulement paru, est encore soumise aux règles de la *patria potestas* de Justinien, sauf l'émancipation par la majorité de

(39) Saint-Joseph, II, p. 303; Pradines, p. 175. — Voir au *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1876, p. 539, une Note de M. Calligas.

l'enfant, fixée par la loi du 15 octobre 1836 à l'âge de 21 ans.

Cependant, certaines modifications ont été introduites par une loi spéciale sur les Tutelles de 1861, et par quelques dispositions pénales qui ont adouci la rigueur des anciens principes. — Spécialement, l'*indignité* du père entraîne en certains cas de véritables *déchéances* de la puissance paternelle (40). — L'*interdiction* légale ou judiciaire n'enlève pas au père sa puissance; mais comme elle le rend incapable en fait de l'exercer, ses droits passent à la *mère* qui devient *tutrice* des enfants issus du mariage. A défaut de la mère, il y a lieu de nommer un tuteur. (Loi sur les Tutelles, art. 10). — L'art 313 du Code pénal permet d'enlever au père l'administration de l'enfant, s'il se livre sur lui à des voies de fait graves.

Enfin l'art. 11, § 5 de la loi hypothécaire du 23 août 1836 donne aux enfants « une hypothèque sur les « immeubles du père ou de la mère, à raison des « biens qui peuvent leur échoir pendant leur mino-
« rité, pour n'importe quelle cause ».

2° ESPAGNE.

Jusqu'en 1870, l'Espagne était restée presque entièrement soumise aux principes de la législation romaine en matière de puissance paternelle (41). Les *Siete Partidas* (IV^e partie), rédigées en 1256 sous Alphonse XI, et à peine modifiées par la *Novissima Recopilacion* de 1805, étaient encore la reproduction

(40) En cas d'exposition d'enfant, de prostitution de la fille, de mariage incestueux.

(41) Voir Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, Paris, 1880, pages 56, 58, 96, 129, 140 et suivantes.

de la théorie des pécules sous Justinien (42). Le père espagnol était le *pater familias* romain (43). — Pour tant en 1855, le Code de procédure civile (art. 1246) était déjà venu investir la veuve de la puissance paternelle. — En 1861, la loi hypothécaire du 8 février (art. 202) avait établi au profit des enfants une hypothèque légale sur les biens de leur père. — Enfin en 1870, la loi provisoire du 18 juin, sur le *Mariage civil* (44), est venue, dans son chapitre v relatif aux « Effets généraux du mariage », transformer dans un sens plus libéral la législation surannée des *Siete Partidas*. — Cette réforme était si nécessaire, que, lorsqu'en 1875 le décret du 9 février a déclaré sans effet à l'égard des catholiques la loi de sécularisation de 1870, on a pris soin d'en excepter formellement le chapitre v (45).

La deuxième partie de la Section II de ce Chapitre contient les articles suivants :

Art. 64. — Le père, et à son défaut la mère, ont la puissance paternelle sur leurs enfants légitimes non émancipés. — On réputera *émancipé de droit l'enfant légitime qui a atteint sa majorité* (25 ans).

Art. 65. — Comme conséquence de ce pouvoir, le père, et à son défaut la mère, auront le droit :... 2° de

(42) *Siete Partidas*, IV, 17, l. 6, pécule castrans, l. 7, pécule quasi castrans, l. 8, pécule adventice.

(43) *Siete Partidas* (IV, 17, Lois 1, 2, et 8). Suivant l'expression de M. de la Serna (*Elementos del derecho civil*, Madrid, 1874), le père avait les attributions de législateur, de juge, de tuteur et de maître.

(44) *Annuaire de législation comparée*, 1872, p. 320.

(45) *Id.* 1876, p. 608. C'est à tort que M. Pradines (*loc cit.*, p. 176) a l'air de croire que les catholiques peuvent déroger à ce chapitre.

les représenter en justice dans tous les actes juridiques qui leur sont profitables ; 3° de faire siens les biens qu'ils acquerront avec le capital que leurs parents auront mis à leur disposition pour toute sorte d'industrie, de commerce ou d'opération lucrative ; 4° d'administrer et de percevoir les revenus des biens que les enfants auront acquis à quelque titre que ce soit ou par leur travail ou par leur industrie.

Art. 66. — Ils n'acquerront pas la propriété, l'usufruit ou l'administration des biens acquis par l'enfant au moyen de son travail ou de son industrie, s'il ne vit pas avec eux.

Art. 67. — L'enfant sera réputé émancipé pour l'administration ou l'usufruit de ses biens dans le cas de l'article précédent.

Art. 68. — Le père, ou à son défaut la mère, n'acquerront ni la propriété, ni l'usufruit des biens donnés ou légués aux enfants pour les frais de leur éducation ou de leur instruction, ou sous la condition expresse que les parents ne pourront en toucher les revenus, si dans ce cas les biens donnés ne constituent pas la légitime de l'enfant.

Art. 69. — Le père et à son défaut la mère, qui jouiront de l'usufruit des biens des enfants, seront soumis aux obligations de tout usufruitier, excepté celle de donner caution pour ces mêmes biens, tant qu'ils ne contracteront pas de secondes noces. — Ils seront tenus de *faire inventaire*, en présence du ministère public, des biens dont ils auront seulement l'administration.

Art. 70. — La puissance du père et de la mère et les droits qui la constituent, seront suspendus et s'éteindront dans les cas déterminés par les lois.

Ces cas sont, en outre de *la majorité* du fils : 1°/ *Le mariage de l'enfant mineur*. 2°/ La profession de religieux. 3°/ L'acceptation de fonctions impliquant une responsabilité personnelle (46). 4°/ L'acceptation d'un legs subordonné à la condition d'émancipation. 5°/ La destitution du père, s'il abuse de son droit de correction. La privation temporaire de la puissance paternelle est en outre le corollaire de certaines condamnations graves (Code pénal de 1870, art. 43). 6°/ Enfin la séparation de corps (47). Si les deux époux sont coupables, on nomme aux enfants *un tuteur*, au moins dans les nombreux cas spécifiés par les art. 84 à 88 de la loi nouvelle. Si un seul est coupable, il est privé, pendant la vie de l'époux innocent, de la puissance paternelle et des droits qu'elle entraîne à l'égard des personnes et *des biens*. A la mort du conjoint innocent, l'époux coupable recouvre en général les droits de puissance, sauf dans certains cas graves où l'on nomme un tuteur (art. 88, n. 3.)

La loi de 1870, tout en rappelant trop encore la tradition des pécules romains, a donc réalisé trois réformes capitales : 1° l'adjonction de la mère (48); 2° l'émancipation par mariage; 3° l'émancipation par la majorité. — Il faut noter aussi la nécessité de l'inventaire, et les conséquences de la séparation de corps.

Néanmoins, elle est encore profondément incomplète : elle ne parle pas, notamment, des actes excé-

(46) *Siete Partidas*, P. IV, tit. 18, lois 7 à 14. Arrêt du tribunal supérieur du 11 mai 1866.

(47) Qui est qualifiée par la loi de « divorce » (Chap. VII, sect. 3). — Mais ce chapitre est sans effet pour les catholiques.

(48) C'est un retour à la tradition Visigothe du *Fuero Juzgo*.

dant l'administration. On appliquera donc encore pour les aliénations, les règles fort insuffisantes de la législation du pécule adventice. — Il est vrai qu'il y a la garantie de l'hypothèque (art. 202, 207 et 213 de la loi du 8 février 1861). Mais le père peut ne pas avoir d'immeubles.

Le nouveau Code civil, dont le projet a été déposé aux Cortès le 24 avril 1882, tranchera sans doute d'une façon plus complète les diverses questions de la matière.

3° PORTUGAL.

Avant le Code civil de 1867, la législation portugaise, concernant la puissance paternelle sur les biens, n'était autre que la législation justinianéenne, amendée sur quelques points par les *Ordenações Filippinas* de 1603, et par diverses lois postérieures, notamment le Code de procédure civile (*Novissima Reforma Judicial*) de 1841 (49).

D'après les *Ordenações Filippinas*, le père perdait l'usufruit, s'il ne faisait pas inventaire dans les deux mois du décès de la mère (50). — Il pouvait être destitué de l'administration à raison de son dol ou de sa faute lourde (51). — Pour aliéner le pécule adventice en cas d'urgente nécessité, il devait demander l'autorisation du juge (52). — Enfin

(49) *Etude sur les origines et les sources de la législation portugaise*, par M. Midosi, avocat à Lisbonne (Bulletin de la Société de législation comparée, 1875, p. 162). — *Le droit civil portugais*, par Jordao (Revue historique, III, p. 369). — St Joseph, III, p. 159.

(50) *Ordenações Filippinas*, livre IV, titre 98.

(51) *Id.* id. livre III, titre 9, § 4.

(52) *Id.* id. livre III, titre 88.

l'enfant avait une hypothèque légale (53). — Le mariage valait d'ailleurs émancipation tacite (54).

Le Code de procédure civile alla plus loin, en établissant de droit *l'émancipation par l'accomplissement de la 25^e année* (art. 453). — Il admit l'existence d'un *conseil de famille*, chargé d'autoriser les aliénations pour cause de nécessité absolue ou d'avantage évident (art. 402). — Enfin il reconnut les droits de la mère, en la faisant *tutrice au décès du père*, sauf à être confirmée par le conseil de famille (art. 423). — L'art. 422 admettait la *validité de la clause de non administration*.

Enfin le Code de 1867, tout en se rattachant encore au système des pécules romains, est venu élargir les droits des enfants sur leurs biens personnels. Il a voulu rester fidèle aux traditions portugaises, et sanctionner en même temps les innovations les plus légitimes des Codes modernes.

L'art. 137 commence par déclarer que le père et la mère sont, durant le mariage, les administrateurs des biens personnels de leurs enfants *mineurs*. La mère participe à la puissance paternelle, et *doit être entendue dans tout ce qui concerne l'intérêt de l'enfant*. Mais, durant le mariage, c'est au père, comme chef de famille, qu'il appartient spécialement de diriger, représenter et défendre ses enfants mineurs (art. 138).

Les droits du père ou de la mère sur les biens de leurs enfants sont suivant les cas : 1^o la pleine propriété ; 2^o l'usufruit ; 3^o la simple administra-

(53) Carneiro, *Direito civil de Portugal*, § 187, n. 26 et 27.

(54) Id., § 187, n. 38. Si nous insistons sur ce droit ancien, c'est qu'il forme aujourd'hui encore le fonds de la législation brésilienne : voir ci-dessous, p. 432.

tion ; 4° enfin, sur certains biens, ils n'ont ni propriété, ni usufruit, ni administration.

1° Ils ont la *pleine propriété* des biens que leurs enfants mineurs peuvent acquérir durant le temps qu'ils habitent avec eux, en employant les capitaux de leurs parents (art. 144). — C'est l'ancien pécule profectice.

2° Ils ont l'*usufruit* des biens que leurs enfants habitant avec eux acquièrent par leur travail et leur industrie (art. 145), ou qui leur sont donnés ou légués par des tiers. — C'est le pécule adventice.

3° Ils ont la *simple administration* : *a* — des biens donnés ou légués avec condition de non jouissance des parents ; *b* — des biens que les enfants prennent comme héritiers dans une succession dont leurs père et mère ont été déclarés indignes (art. 146).

4° Enfin, ils n'ont *aucun droit* : *a* — sur les biens que les enfants acquièrent par leur travail et industrie s'ils habitent séparément de leurs père et mère, avec le consentement de ceux-ci ; *b* — sur ceux qu'ils acquièrent par les armes, les lettres ou les arts libéraux en habitant ou non avec leurs père et mère. — Ce sont les anciens pécules castrans et quasi castrans ; *c* — enfin sur les biens donnés ou légués aux enfants *avec interdiction pour les parents de les administrer* (art. 147).

Les parents administrateurs ou usufruitiers des biens des enfants, ne peuvent les hypothéquer, aliéner ou engager de quelque manière que ce soit, sans en être *autorisés par le juge*, le ministère public entendu. Cette autorisation ne doit être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (art. 150).

Si, durant l'exercice de la puissance paternelle,

les enfants reçoivent des biens *meubles* de grande valeur, les parents doivent *donner caution*, si cela est jugé nécessaire, ou *faire dépôt de valeurs équivalentes*, ou enfin *les employer en valeurs garanties*, sauf à en toucher les intérêts (art. 151).

Les parents qui ont la simple administration sont comptables. Les *comptes sont rendus au juge civil tous les 4 ans* (art. 152).

Si les intérêts de l'enfant se trouvent opposés à ceux du père ou de la mère, on nomme pour défendre le mineur un *tuteur ad hoc* (art. 153).

Si le père ou la mère abusent de leurs droits, ils sont *déchus de l'administration* des biens de leurs enfants. La déchéance est requise *par un parent, ou par le ministère public*. Le *conseil de famille* prononce sur cette déchéance (art. 141). Il nomme aux mineurs un *tuteur* (art. 141 § 1). La tutelle peut être confiée à la mère. Si les parties ne se conforment pas aux délibérations du conseil de famille, on devra intenter une action devant le juge civil, suivant les formes ordinaires de procéder (C. de proc., art. 436 et suiv.).

Le père peut en mourant désigner à la mère tutrice, un *conseil* pour la diriger et l'assister. Si la tutrice méconnaît les avis de ce conseil, ou si elle abuse de son autorité, le conseil de famille peut la destituer (art. 159-161).

La déchéance de la puissance paternelle peut d'ailleurs être prononcée *accessoirement* à une condamnation pour crime ou délit de droit commun, à titre de supplément de peine, et pour un temps dont le juge fixe la durée.

Il est inutile d'insister sur l'importance et la sagesse des solutions admises par ce nouveau Code.

4^e AMÉRIQUE DU SUD.

A l'Espagne et au Portugal, nous devons joindre les Républiques de l'Amérique du Sud (55) et le Brésil, qui, en leur qualité d'anciennes colonies espagnoles ou portugaises, se rattachent plus ou moins à la législation de leurs mères patries.

Après avoir commencé par rejeter les lois de la métropole, afin d'affirmer leur émancipation, les RÉPUBLIQUES AMÉRICAINES sont revenues en grande partie à leurs anciennes traditions espagnoles ; mais elles ont admis en même temps les principes essentiels du Code Napoléon. L'esprit d'indépendance qui les animait devait forcément leur faire écarter certaines règles surannées de la patria potestas romaine.

C'est dans cet esprit qu'ont été rédigés notamment les Codes du Pérou (1852), Chili (1855), Uruguay (1868), République argentine (1869), Nicaragua (1871), Vénézuëla (1873), Mexique (1877), Guatémala (1877), Honduras (1880), Salvador (1880) (56).

Nous ne parlerons que du premier, le CODE PÉRUVIEN (57), que nous avons seul pu consulter, et qui le plus souvent d'ailleurs a servi de modèle à ceux des pays voisins de l'Amérique centrale ou méridionale.

(55) Sauf la Bolivie, dont nous avons déjà parlé.

(56) Voir Amiaud, Tableau des lois civiles dans les principaux états du monde (*Bulletin de Législation comparée*, 1884, p. 419 à 568).

(57) *Código civil del Perú con citas notas y concordancias*, por M. Fuentès y A. de La Lama ; Lima, 1870. — La nouvelle législation civile au Pérou, par Vega (*Revue historique*, 1863, p. 366). — La forme et la composition du Code péruvien diffèrent profondément du nôtre.

Les art. 13 et 28 commencent par poser que les enfants mineurs de 21 ans sont seuls soumis à la puissance paternelle (58).

Le titre VI de la section IV du Livre I^{er} (59) traite de la puissance paternelle (art. 284 à 297).

L'art. 285 déclare que les fils légitimes, légitimés, *naturels reconnus* et *adoptifs* (60), sont soumis à l'autorité du père, et à son défaut à celle de la mère. La puissance paternelle de la mère s'étend même à *tous ses enfants illégitimes* (art. 73 et 286).

Parmi les droits de la puissance (art. 287), sont compris : ... 5^o le droit d'administrer les biens ; 6^o celui de faire siens les fruits des biens *pendant la minorité* (61).

En outre de la majorité, ces droits s'éteignent, 1^o par le mariage de l'enfant, 2^o par la profession religieuse des parents (art. 288), 3^o en cas d'abandon, ou de cruauté du père (art. 291), ou lorsqu'il encourt certaines *condamnations* pénales (art. 35, 36 et 37 du Code pénal), 4^o enfin en cas de *dilapidation des biens* (art. 292). — Dans ces différents cas, le *conseil de famille*, suivant la gravité des circonstances, requiert celui qui exerce la puissance paternelle de *s'amender*, ou bien *demande au juge de donner au fils un*

(58) Néanmoins les majeurs atteints de folie y sont également soumis (art. 26 et 289).

(59) Livre I, *Des personnes et de leurs droits*; Section IV, *De la Paternité*.

(60) Le mineur peut être adopté (art. 271).

(61) Mais ce droit ne s'étend pas aux biens acquis par un travail, une industrie ou une profession exercés (même non séparément) avec le consentement paternel, ni à ce que les enfants gagnent par les services civils, militaires ou ecclésiastiques (art. 287 in fine).

défenseur (art. 296). Le juge peut même nommer le *défenseur d'office*, s'il y a urgence et si le conseil n'agit pas (art. 297).

Le conseil de famille intervient encore pour maintenir la mère remariée dans l'*administration* de ses enfants (art. 397). Car la tutelle ne s'ouvre pas par le décès du père (art. 306).

L'art. 2033, § 6, admet l'hypothèque légale.

Quant au BRÉSIL, il est régi encore actuellement par l'ancienne législation portugaise, dont nous avons parlé plus haut (62). Une loi du 20 octobre 1826 a en effet donné pleine vigueur dans le Brésil à toutes les lois ou ordonnances promulguées en Portugal jusqu'au 25 avril 1821. — Après de nombreuses tentatives de rédaction d'un Code, le gouvernement est sur le point d'adopter un nouveau projet qui concilie, paraît-il, dans une juste mesure, les traditions locales et les progrès de la doctrine (63).

SECTION III.

Pays se rattachant au système allemand, mais
avec de nombreux souvenirs de Rome.

La tradition du vieux *mundium* germanique (64) s'est perpétuée à travers les âges pour aboutir à la

(62) Mais la puissance paternelle cesse de plein droit à 21 ans, en vertu d'une loi de 1830.

(63) Projet des docteurs Freitas et Felicio des Santos (Amiaud, *loc. cit.*, p. 465).

(64) Voir, ci-dessus, II^e partie, *Ancien Droit*, p. 121 et suivantes. — Voir Lehr, *Eléments de droit civil germanique*, p. 306,

Vormundschaft du droit allemand moderne. Dans la plupart des pays allemands, la puissance paternelle s'écarte de l'idée de potestas romaine, pour se rapprocher autant que possible de celle de tutelle. Les législations qui se rattachent à ce système sont en général pénétrées du principe que *l'autorité du père doit être contrôlée*. Le père est une espèce de tuteur, très favorable sans doute et traité en général avec beaucoup de ménagements, mais enfin *c'est un tuteur* (65). L'autorité publique, qui exerce une surveillance très active sur la gestion des tuteurs proprement dits, ne perd pas de vue non plus les enfants placés sous *la tutelle paternelle*. La protection de l'enfant dans la famille est non seulement confiée à la sagesse des tribunaux ; elle est même une affaire de gouvernement. Cette haute tutelle, *Obervormundschaft*, est exercée le plus souvent par des fonctionnaires spéciaux, parfois par l'autorité cantonnale ou même municipale, avec un ou plusieurs degrés de juridiction. — Il est certain que ce système peut présenter de très sérieux avantages ; mais il a l'inconvénient très grave de faire intervenir l'Etat dans la gestion des affaires privées, ce qui doit le faire repousser sans hésitation. Les conseils de famille ou les tribunaux nous semblent seuls à même d'exercer ce contrôle (65 bis).

371 et suiv. — Lardy, *Législation civile des cantons Suisses*. — Pradine, *op. cit.*, p. 138 à 161. — Saint-Joseph, *op. cit.*, passim. — *Annuaire et Bulletin de législation comparée*.

(65) Nous verrons même que dans certains cantons suisses le père est purement et simplement assimilé à un tuteur.

(65 bis) L'existence de *tribunaux spéciaux* présente moins de danger que l'intervention directe de la Commune ou de l'Etat.

On sait qu'au x^ve siècle, les Empereurs d'Allemagne reconnurent et firent appliquer le droit romain comme droit de l'empire. De là, en notre matière, à côté des traditions du *mundium*, de nombreux emprunts, soit dans le fond, soit dans la forme, au système des *pécules romains* ; de là, notamment, en certains pays, le maintien de la puissance paternelle après la majorité ou le mariage.

1^o EMPIRE D'ALLEMAGNE.

L'empire d'Allemagne n'a pas encore de Code civil uniforme. — L'article 4 de la constitution du 16 avril 1871, qui permettait au pouvoir central de promulguer des lois, obligatoires pour tous les Etats, en matière pénale, commerciale ou de procédure (66), avait réservé le droit civil. — La loi du 20 décembre 1873 (67) est venue supprimer cette réserve. En attendant la rédaction d'un Code civil dont l'élaboration (68) se fait assez lentement, le

D'autre part, elle a certains avantages sur les tribunaux ordinaires. Pour apprécier des intérêts essentiellement variables et contrôler des mesures d'administration, des hommes rompus aux affaires sont plus compétents que les plus savants magistrats. D'ailleurs les collèges pupillaires sont le plus souvent rendus responsables de leur négligence.

(66) Code de commerce et loi sur le change de 1869 ; Code pénal de 1870 ; Code d'organisation judiciaire, Code de procédure civile et pénale, Code des faillites, de 1877.

(67) *Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 80.

(68) La rédaction de la partie du Code relative au *Droit de famille* a été confiée dès 1879 à M. Planck, conseiller à la Cour d'appel de Celle, assisté de M. Braun, juge au tribunal supérieur de la même ville (*Gazette de l'Allemagne du Nord* du 29 juillet 1883). — Il ne nous a pas été possible de savoir quelles étaient les solutions proposées en notre matière par les rédacteurs.

Parlement, usant de ses nouveaux pouvoirs, prépare peu à peu cette uniformité de la législation civile par la promulgation de lois spéciales, dont deux au moins ont touché à notre matière :

1^o *La loi du 17 février 1875*, qui fixe à 21 ans l'âge de la majorité dans tous les Etats de l'empire (69).

2^o *La loi du 6 février 1875 (70) sur la constatation de l'état des personnes et la célébration du mariage*. — En admettant le divorce (art. 77) comme loi d'empire, elle a entraîné indirectement dans ce cas, pour certains pays, la substitution de la tutelle à l'administration légale, laquelle survivait à la séparation.

C'est à tort que, dans l'exposé des motifs du projet de loi présenté par M. Cazot sur l'art. 389, *la loi du 5 juillet 1875 (71)* est présentée comme une loi allemande ou d'empire. Cette loi est spéciale au royaume de Prusse. — Nous verrons, d'ailleurs, qu'il est également inexact de dire qu'elle s'applique, comme on le prétend, au père administrateur. La loi est faite uniquement pour les tuteurs ordinaires, et n'est applicable au père que dans les cas très rares où il est réellement tuteur (72).

Comme toutes les matières de droit personnel, la puissance paternelle présente donc encore dans les divers pays de l'Allemagne une très grande variété.

Il y a d'abord les pays régis par notre Code civil.

(69) La majorité variait auparavant entre 18 et 25 ans (voir *Annuaire*, 1876, p. 260 ; note de M. Glasson).

(70) *Annuaire*, 1876, p. 215.

(71) *Annuaire*, 1876, p. 421 ; notice et traduction de M. Flurer.

(72) Voir ci-dessous, p. 438. — Le but de cette loi a été surtout d'étendre les pouvoirs du tuteur qui, d'après le Landrecht prussien, n'était qu'un simple agent du tribunal pupillaire.

C'est la partie occidentale de l'empire. Nous en avons déjà parlé (73).

En second lieu, il existe pour certains pays des Codes spéciaux : Prusse, Bavière, Wurtemberg, Saxe.

Enfin, il y a ce qu'on est convenu d'appeler le Droit commun allemand (*Deutsches gemein Recht*), qui est, avec les Statuts locaux, le droit principal des pays qui n'ont pas de code, et le droit subsidiaire de ceux dont la législation civile est codifiée. « C'est, dit M. Bufnoir (74), un fonds commun d'idées » et de principes, qui a permis à la doctrine de systématiser le droit privé allemand dans son ensemble. » C'est au fond le Droit romain, combiné avec le droit canonique et l'ancienne législation impériale, et modifié par certaines règles tirées des anciennes coutumes germaniques.

Nous dirons successivement quelques mots du DROIT COMMUN ALLEMAND et des CODES SPÉCIAUX. — Remarquons, dès à présent, que c'est surtout en ce qui concerne la *personne* de l'enfant, que la législation allemande s'est efforcée d'établir un système de contrôle, de déchéance ou de suspension de la puissance paternelle (75). Nous signalerons les conséquences *réelles* de ce système, et nous attacherons spécialement aux règles concernant les *biens*.

DROIT COMMUN ALLEMAND (76). — Le droit com-

(73) Voir ci-dessus, p. 407.

(74) *Bulletin de la Soc. de Lég. comp.* 1875, p. 422. — Le Droit commun allemand est l'œuvre des Eichhorn, Mittermaier, Savigny, Beseler, Bluntschli, etc. — Voir Van Roth, *System des deutschen Privatrechts*, I, p. 5, (Tubingen, 1880).

(75) Voir Pradines, *loc. cit.*, p. 154 à 162.

(76) Voir Bergson (*Concordance de S. Joseph*, I p. 30).

mun allemand reproduit les principes de la patria potestas et des pécules, mais avec les différences suivantes :

1° La mère, sans avoir la puissance paternelle, occupe une place importante dans la famille ; dans le cas où le père prédécède, si les époux avaient entre eux une communauté générale de biens, la mère continue à entretenir la maison ; et, sans être instituée tutrice, elle exerce, comme le père défunt, l'autorité légale concernant *la gestion de la fortune commune* et le *droit de représentation*.

2° Le fils *majeur* sort de la puissance paternelle *en faisant ménage à part*. — La question de savoir si la même règle s'applique à la fille est controversée (77).

3° *Le mariage de la fille* met fin à la puissance paternelle. — Pour le fils la question est douteuse.

4° Les tribunaux peuvent, d'une façon générale, empêcher le père d'abuser de son autorité.

5° L'enfant peut poursuivre ses droits contre son père avec autorisation du tribunal. Le père peut contracter des obligations avec ses enfants ; mais, un curateur ad hoc doit leur être judiciairement donné.

6° Outre le droit d'usufruit, le père a la *garde noble* sur les biens de ses enfants.

(77) Lors du congrès de jurisconsultes de Nuremberg en 1876, on se plaignit de la persistance dans quelques législations allemandes (Notamment la Prusse, *Landrecht*, II, 2, 10 ; et la Bavière, II, 5, 1), du maintien de la puissance paternelle après la majorité, et de la prolongation de l'incapacité juridique de l'enfant. A l'unanimité on vota la motion suivante : « La loi doit faire cesser à la majorité de l'enfant la puissance paternelle, spécialement en tant qu'elle aurait pour effet de limiter la capacité juridique de l'enfant ».

PRUSSE. — La puissance paternelle en Prusse est encore régie en grande partie par l'*Allgemeines Landrecht* de 1794.

En voici les principaux traits (78).

Les biens des enfants sont *libres* ou *non libres*.

Les *biens libres* sont ceux qu'ils acquièrent personnellement, ou qui leur sont donnés ou légués à condition que le père n'en jouira pas. Le père n'en a l'administration que jusqu'à la majorité de l'enfant (art. 147-167) (79).

Tous autres biens sont dits *non libres*; le père en a l'administration et l'usufruit tant que dure la puissance paternelle.

Si le père veut faire sur la propriété des changements qu'un usufruitier ne pourrait réaliser sans le consentement du nu-propriétaire, il est tenu de se faire autoriser par le juge (art. 170 à 178). — Ce juge est remplacé aujourd'hui par le tribunal tétulaire (*Vormundschaftsgericht*).

Si le père tombe *en déconfiture* ou *en faillite*, s'il est comptable du fisc ou d'une administration publique, il doit *donner caution*. En certains cas même un *curateur* est nommé (art. 179-209).

Les enfants ont un *privilège* sur les biens de leurs pères pour l'administration de leurs biens personnels. Mais ce n'est qu'un « *privilegium inter personales actiones* », dans le sens romain (art. 169).

La puissance paternelle *cesse*, si le fils majeur

(78) Saint Joseph, III, p. 205 et suiv. — Une série de lois promulguées de 1867 à 1877 ont aboli le régime féodal dans les divers parties de la Prusse, et ont transformé les fiefs en fidéi-commis de famille. La dernière loi dans ce sens est du 16 mars 1877 (*Annuaire*, 1878, p. 164).

(79) *Landrecht*, II, 2.

abandonne la maison paternelle, exerce une industrie ou une profession pour son compte, ou bien un emploi public (art. 210 à 231): — Elle *s'éteint de plein droit*, si le père est condamné à un emprisonnement excédant 10 années, s'il est judiciairement déclaré prodigue, s'il s'éloigne du royaume sans permission pour se soustraire à ses devoirs de sujet. — Elle *est suspendue*, s'il est fou, ou emprisonné pour plus de deux ans; elle est également suspendue en cas de mauvaise administration des biens (art. 255 à 270).

En cas de mariage morganatique (ou de la main gauche), bien que le père ait sur la personne de l'enfant la puissance paternelle, il est assimilé, relativement à ses biens, à un véritable tuteur (art. 561 à 565).

La loi récente du 17 février 1875, sur la Tutelle, ne s'applique en principe qu'aux mineurs orphelins, ou à ceux dont les pères n'ont pas la puissance paternelle. Voici néanmoins quelques articles de cette loi qui ont trait directement ou indirectement à cette puissance.

Art. 11. — Les mineurs sont pourvus d'un tuteur, lorsqu'ils ne sont pas en puissance paternelle, *lorsque la puissance paternelle est suspendue aux termes du droit civil, ou lorsque le père est lui-même en tutelle* (père fou, prodigue ou absent, art. 81).

L'art. 12 ajoute : Lorsque l'extinction de la puissance paternelle résulte du mariage de l'enfant, d'un établissement séparé (*getrennte Haushaltung*), fait par l'enfant, ou de la renonciation du père (*Entlassung*), et que l'enfant n'obtient pas les droits d'un majeur, *la tutelle légale appartient à la personne qui jusque là avait la puissance paternelle*. — Cette tutelle légale

du père est d'ailleurs plus favorablement traitée que la tutelle ordinaire.

L'art. 86 déclare que « les personnes soumises à
« la *puissance paternelle* ou à la tutelle sont pour-
« vues d'un *curateur*, dans le cas où l'exercice de la
« puissance paternelle est nécessaire, mais ne peut
« avoir lieu pour des motifs de fait ou de droit » (ab-
sence temporaire, maladies, conflits d'intérêts et
certains cas d'adoption (*Allg. Landt.*, II, 2, art. 699,
700).

D'après l'art. 87, « s'il est fait une disposition
« au profit d'une personne placée en puissance
« paternelle ou en tutelle, et que le disposant exige
« que le bénéficiaire soit pourvu d'un *curateur*, la
« personne désignée dans la disposition doit être
« appelée à la curatelle. — Le curateur à la dispo-
« sition peut être dispensé de rendre des comptes
« durant sa gestion, de fournir des garanties, ainsi
« que de la nécessité de prendre pour certains actes
« le consentement du subrogé-tuteur ou du tribunal
« tutélaire ». — Ce curateur pourrait d'ailleurs, sui-
vant les cas, être écarté par le tribunal tutélaire,
conformément à l'art. 18 § 2.

Enfin l'art. 97, parlant de la *déclaration de majorité* (80) de l'enfant soumis à la puissance paternelle, dit qu'elle aura lieu avec le consentement du père, et selon les règles de l'art. 61 § 2 (c'est-à-dire après 18 ans, par déclaration du tribunal tutélaire et après enquête). Il n'est pas besoin que les parents ou alliés du mineur soient entendus (art. 97 in fine). —

(80) C'est une émancipation qui se rapproche beaucoup plus de l'émancipation romaine, que de l'émancipation française. Elle emporte pleine capacité, sauf l'impossibilité de disposer des immeubles (*Landrecht*, II, 2, 214).

L'art. 99 ajoute que, sauf dans le ressort de Cologne, *la majorité ne résultera plus du mariage* (81).

Une loi nouvelle du 12 juillet 1875 (82) est venue régler la capacité des mineurs en général (83). Elle abroge la *restitutio in integrum* pour cause de minorité (art. 9). Les tiers ont seulement contre le mineur ou son représentant, une sorte d'action interrogatoire, par laquelle ils peuvent les forcer à accepter l'acte avec toutes ses conséquences, ou à le répudier dans un délai très court (art. 4). — Les articles 5, 6, 7, contiennent des dispositions spéciales pour le mineur qui exerce un commerce ou une profession. Il peut en principe faire tous actes relatifs à cette profession, sauf en certains cas l'autorisation du tribunal tutélaire.

BAVIÈRE. — Le Code de Bavière a été publié en 1756 sous le nom de *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (84). Le livre I, chap. 5, traite de la puissance paternelle. Il est profondément empreint des souvenirs de Rome.

(81) D'après l'*allgemeines Landrecht*, le mariage éteignait la puissance paternelle sur la fille (II, 2, art. 240).

(82) *Annuaire de Lég. comp.*, 1876, p. 464. Traduction et notes de M. Flurer.

(83) Avant sept ans l'incapacité est absolue (art. 1). Au dessus de 7 ans le mineur peut faire toute espèce d'actes avec l'autorisation de son père ou de son tuteur. Il peut même faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure (art. 2). L'acte nul ne peut être ratifié que par le mineur pleinement capable (art. 3).

(84) Saint-Joseph, *Concordance*, p. 30. — Il y a d'ailleurs en Bavière plus de 60 statuts locaux qui priment le *Codex Maximilianeus*.

La puissance paternelle appartient au père seul. — Elle n'est pas modifiée par le décès de la mère ; mais celle-ci peut en mourant nommer un tuteur pour l'administration des biens qu'elle laisse à ses enfants (VII, 5). — Le mariage et la majorité ne font pas cesser cette puissance (V, 7 et 8) ; seuls, l'établissement séparé des enfants après leur majorité, leur émancipation, et enfin l'abus d'autorité du père, ont le pouvoir d'y mettre fin. — En cas de contrat entre le père et le fils, on nomme à celui-ci un curateur (V, 2). — Pendant la minorité, le père a l'administration des pécules castreuse et quasi castrense (V, 3).

WURTEMBERG. — Le *droit territorial* du Wurtemberg encore en vigueur aujourd'hui, est celui révisé et publié en 1610 sous le nom de « *Ernewert gemein Landrecht* », modifié par l'ordonnance sur les Tutelles de 1781 (85). — L'enfant a la pleine propriété des pécules castrense et quasi-castrense. — Quant au pécule adventice, les père et mère en ont l'usufruit *jusqu'au mariage* ou *jusqu'à la majorité*. Ils en ont l'administration même après la majorité, si l'enfant n'a pas formé un ménage à part. Si les enfants se sont mariés sans le consentement de leurs parents, l'usufruit dure jusqu'au décès de ceux-ci. L'enfant ne peut aliéner, emprunter ni s'obliger sur ce pécule sans ce même consentement. Le père administrateur est soumis au contrôle des autorités tutélaires (tribunal des orphelins, chambre pupillaire, tribunal supérieur de baillage).

SAXE. — Le Code royal de Saxe de 1863, est en

(85) Saint-Joseph, IV, p. 458 et suiv.

général rédigé d'une façon assez conforme aux exigences et aux idées modernes (86). — Néanmoins l'art. 1832 admet encore la prolongation de la puissance paternelle au delà de la majorité, à l'égard des enfants qui restent dans la maison paternelle. — L'art. 1831 § 2 reconnaît une émancipation, qui a encore le caractère de déclaration anticipée de majorité, au lieu de constituer, comme dans notre Code, une situation intermédiaire entre la dépendance et l'indépendance absolue. — Pour aliéner ou hypothéquer les immeubles, il faut l'assentiment des autorités pupillaires (art. 1818). — Si, par une gestion imprudente ou malhonnête, le père compromet les intérêts de ses enfants, il est forcé de *donner certaines garanties* pour sûreté de son administration (art. 1815).

2^e EMPIRE D'AUTRICHE.

PAYS CISLEITHANS (87). — Bien que le Code autrichien de 1811 ne puisse pas être rangé parmi ceux qui ont pris pour base le Code français, on doit reconnaître qu'il s'en rapproche beaucoup plus que les divers Codes allemands. Il s'est, en effet, dégagé en grande partie des traditions romaines. — D'autre part, et à la différence de notre code, il a su appliquer l'idée moderne de contrôle et de déchéance éventuelle du père.

En voici les principales dispositions :

Non seulement *tous* les biens que les enfants ac-

(86) Lehr, *Eléments de droit civil germanique*, passim.

(87) Saint-Joseph, *Concordance*, I, p. 30. — Depuis 1853, le Code autrichien est applicable à toute l'étendue de la monarchie cisleithane.

quière sont leur propriété (art. 149), mais le père n'en a même *pas l'usufruit*. Les frais d'éducation sont seulement prélevés sur le revenu des biens, dont l'excédant doit être placé (art. 150); le père doit en rendre compte tous les ans, à moins que l'excédant ne soit peu élevé. Les revenus ne peuvent être saisis par les créanciers du père (art. 150 in fine). Les parents ne peuvent même pas se faire rembourser leurs frais d'éducation antérieurs, sur la fortune qui échoit ultérieurement à leurs enfants (art. 154). — Ceux-ci sont d'ailleurs incapables de faire aucun acte quelconque sans l'assistance ou le consentement tacite du père (art. 152).

Un Tribunal pupillaire, analogue à ceux de l'Allemagne et de la Suisse, est chargé de surveiller et d'autoriser en certains cas les pères, au même titre que les tuteurs des orphelins.

La puissance paternelle *cesse lors de la majorité* (art. 172), c'est-à-dire à 24 ans (art. 21), *à moins que* par un motif légitime (faiblesse d'esprit, prodigalité, fautes graves du fils, art. 173), la *continuation* n'en ait été ordonnée par le Tribunal. — Elle cesse auparavant lorsqu'il y a ménage séparé, ou *émancipation autorisée par le Tribunal* (art. 174). — La femme mariée mineure est sous la curatelle de son père (art. 175).

La puissance paternelle *est suspendue*, si le père est déclaré prodigue, s'il tombe en démence, s'il est condamné à un an de prison, s'il est absent pendant une année, s'il émigre (art. 176). — Mais ce n'est pas la mère qui remplace le père, c'est un tuteur nommé par le Tribunal pupillaire.

Il y a *déchéance définitive* en cas d'abus, de négligence (art. 177 et 178), ou d'incapacité dans la gestion des biens (art. 149, 2).

La clause de non administration est valable (88).

HONGRIE. — En attendant la prochaine adoption d'un code civil (89), dont l'absence se fait vivement sentir, le gouvernement hongrois a cherché à remédier à cette lacune par des lois spéciales. De là la loi xx de 1877, qui traite en 306 articles du régime *de la tutelle et de la curatelle*, et dont la section 2^e est consacrée à la *puissance paternelle* (90).

En voici les principaux articles, que nous citerons in extenso à raison de leur importance :

ART. 15. — La puissance paternelle sur l'enfant légitime ou *illégitime* est exercée *par le père*.

La puissance paternelle ne passe au père *adoptif*, que si l'adoption n'a pas été accompagnée d'une clause contraire.

En vertu de la puissance paternelle, le père est le représentant légal de ses enfants mineurs (91) ; il a en principe le droit d'administrer leur fortune, sans être astreint à reddition de compte.

(88) Le *Code serbe* de 1844 a pris pour modèle le Code autrichien. Néanmoins il admet l'usufruit légal (art. 121). D'après l'art. 122, le père n'a à sa disposition les capitaux qu'avec l'autorisation du Tribunal (Saint-Joseph, III, p. 453).

(89) Voir *Annuaire de Lég. Etrang.*, 1883, p. 481. — Le projet est terminé depuis 1883.

(90) *Annuaire*, 1878, p. 234.

(91) L'art. 1 fixe la majorité à 24 ans. — Mais l'art. 4 admet la possibilité d'une *déclaration de majorité* dès l'âge de 18 ans. — L'art. 5 permet à cet âge au mineur, avec l'approbation de son père et de l'autorité tutélaire, d'exercer un commerce ou une industrie séparée, ce qui lui donne la capacité des majeurs. — L'art. 6 admet également, avec les mêmes autorisations, l'émancipation résultant d'une existence séparée et d'un ménage à part, mais seulement si le mineur a 20 ans.

ART. 16. — Le revenu de la fortune du mineur doit être employé au paiement des charges annuelles, et à l'entretien et l'éducation du mineur. Le *surplus du revenu* appartient au père.

Si pourtant il grève de dettes la fortune du mineur, l'autorité tutélaire peut ordonner que *le surplus des revenus sera employé à l'extinction des dettes*; mais le père ne pourra être obligé à consacrer à l'amortissement plus des $\frac{2}{3}$ de l'excédant annuel.

Si le père et l'autorité tutélaire ne s'entendent point sur la quotité des dettes qui doivent être annuellement éteintes, le père doit rendre un *compte annuel* de son administration, et employer à l'amortissement les deux tiers de l'excédant.

ART. 17. — Le père qui a l'administration de *l'argent comptant*, doit *donner des garanties* à ce sujet; quant aux billets ou aux *valeurs en papier*, il peut à son choix *donner des sûretés* ou les *confier à l'autorité tutélaire*.

L'autorité tutélaire ne peut exiger de garantie à raison des sommes et meubles nécessaires pour les dépenses journalières, les besoins du ménage, ou la gestion des affaires. — Elle ne peut pas non plus demander qu'on lui remette, ou que l'on garantisse par des sûretés, les bijoux et objets précieux, à moins qu'elle ne le juge nécessaire à cause des dangers que courent les intérêts du mineur. — Néanmoins, dans les deux cas, le père est tenu de présenter annuellement à l'autorité tutélaire un état des meubles.

L'usufruit du père n'est pas modifié par l'obligation de donner des garanties ou de faire un dépôt.

Art. 18. — On peut accepter, *à titre de garantie*, les maisons jusqu'à concurrence de la moitié, les

autres immeubles jusqu'à concurrence des deux tiers de leur valeur estimative, en tenant compte des charges préférables qui les grèvent; pour les maisons la preuve d'une assurance contre l'incendie doit encore être exigée.

Les créances enregistrées au livre foncier peuvent être acceptées en garantie pour la totalité de leur valeur, lorsque la valeur estimative de l'hypothèque couvre deux fois la somme à raison de laquelle la créance est donnée en garantie, et les autres charges qui pourraient vis-à-vis de la créance jouir d'un droit de préférence.

Les valeurs en papier, dont l'Etat autorise le dépôt en cautionnement, peuvent être acceptées en garantie jusqu'à concurrence au plus de la moitié de leur valeur nominale, ou des deux tiers de leur valeur au cours du jour du dépôt; les bijoux et objets précieux, jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur estimative.

La constitution en garantie (*Sicherstellung*), se réalise par enregistrement au livre foncier, lorsque l'objet donné en garantie est un immeuble; si c'est une créance portée au livre foncier, par une mention sur l'inscription. Les valeurs en papier, bijoux, objets précieux, doivent être *déposés à la caisse* de l'autorité tutélaire.

Art. 19.— Lorsque le père ne peut donner garantie au sujet des sommes d'argent appartenant à son enfant mineur, et ne peut par conséquent les conserver, il a le droit d'en demander le placement par *voie de prêt*; l'autorité tutélaire ne peut refuser le prêt, si l'emprunteur recommandé par le père offre les garanties énoncées à l'art. 295 § 3 de la présente loi (hypothèque en premier rang sur un immeuble,

et seulement jusqu'à concurrence de la valeur du tiers de cet immeuble).

Dans ce cas, le titre de créance est rédigé au nom du mineur et conservé dans la caisse de l'autorité tutélaire; mais c'est au père à exiger et à recevoir du débiteur les intérêts.

Art. 20. — Le père qui exerce la puissance paternelle est tenu de *demande l'agrément de l'autorité tutélaire* dans les cas suivants :

a/ Lorsque son enfant mineur est *adopté* par un autre.

b/ Lorsqu'il veut ouvrir pour le mineur un *établissement de commerce ou d'industrie*, continuer ou suspendre l'exploitation d'un établissement de ce genre échu au mineur; lorsqu'il veut conclure ou dissoudre un contrat relatif à une société publique en nom collectif ou à une société en commandite (*Erwerbs oder Commandit-Gesellschaft*).

c/ Lorsqu'il veut *acquérir* par voie d'achat ou autrement un *immeuble* pour le mineur; *placer les capitaux du mineur en achetant ou acquérant autrement des meubles; recevoir ou céder un capital*; consentir à l'extinction d'un droit de gage.

d/ Lorsqu'il veut *aliéner ou grever de charges*, par voie de vente, d'échange ou de toute autre manière, *la fortune immobilière* du mineur; de même, lorsqu'il veut *aliéner des meubles acquis avec les capitaux du mineur*, ou modifier la consistance du fonds de la fortune.

e/ Pour donner une *procura* (92).

(92) La *procura* est un mandat par lequel le chef (*Principal*) d'un établissement commercial charge le mandataire (*Procurist*) de gérer le commerce au nom et pour le compte de ce

Au surplus le père *ne peut s'engager par lettre de change* pour son enfant mineur, sans un pouvoir général de l'autorité tutélaire.

A l'exception des présents d'usage, les actes juridiques par lesquels le mineur serait obligé ou renoncerait à des droits sans recevoir une prestation réciproque, le cautionnement, les actes par lesquels le mineur se chargerait d'obligations étrangères, seront non obligatoires pour le mineur placé en puissance paternelle, *lors même qu'ils auraient été approuvés par l'autorité tutélaire.*

ART. 21. — La puissance paternelle *s'éteint* : (a) par la mort de père ou de l'enfant ; (b) par la majorité de l'enfant.

ART. 22. — Elle s'éteint aussi..., lorsque le père néglige les soins à la personne de l'enfant..., ou lorsque, *par sa mauvaise administration*, il met le capital (*Substanz*) de la fortune de son enfant en danger.

L'autorité tutélaire décide. Dans les trois mois où cette décision a acquis l'autorité de chose jugée, le père peut *recourir devant le tribunal*. Le recours n'a pas d'effet suspensif.

ART. 23. — L'exercice de la puissance paternelle est *suspendu* :

a/ Lorsque le père est mis en curatelle.

b/ Lorsqu'il est condamné à plus d'un an de prison.

Lorsqu'une procédure de concours (93) est organisée

chef, et lui permet d'employer *per procura* la signature de la maison.

(93) On entend par là le *Concursus creditorum*, la faillite commerciale ou civile du débiteur.

contre le père, l'autorité tutélaire peut exiger que le père rende des comptes relativement à la fortune du mineur pendant la durée du concours; elle peut, suivant les circonstances, lui retirer l'administration de la fortune pendant la durée du concours.

ART. 24. — Si le père a été mis en curatelle pour *prodigalité*, ou s'il a été condamné pour *déconfiture* simulée ou répréhensible, ou *pour un autre crime*, et que l'on puisse présumer qu'il est incapable d'une gestion fidèle ou diligente, il ne peut, après extinction de la curatelle ou exécution de la peine, reprendre l'administration, que si l'autorité tutélaire le juge nécessaire dans l'intérêt du mineur, et à la charge pour lui de rendre compte.

Si l'administration n'est pas confiée au père, il y a lieu de préposer un curateur spécial pour cet objet.

ART. 25. — *Les créanciers du père* ne peuvent exercer leurs droits sur les revenus de la fortune du mineur administrés par le père, que dans la mesure où ils ne sont pas nécessaires pour l'administration de la fortune, l'éducation et l'entretien du mineur, du père et de la famille, et l'accomplissement des obligations fixées à l'art. 16. — Lorsque les créanciers du père saisissent ainsi ces revenus, l'autorité tutélaire a le droit de préposer un *curateur* à l'administration de la fortune; si l'autorité tutélaire ne fait pas usage de ce droit, le père doit rendre compte. — L'excédant des revenus qui peut être saisi est, dans les deux cas, fixé par l'autorité tutélaire, à l'occasion de la vérification des comptes.

ART. 26. — En ce qui concerne la *responsabilité* de ses actes, et les règles de la *représentation* du mineur, le père est assimilé en général à un tuteur.

L'autorité tutélaire, dont il a été question à diverses reprises, est exercée soit par le Conseil des orphelins de la commune (*Waisenstuhl*), sous la surveillance du *Fiscale* et du *Stuhlrichter*, soit même parfois par la commune elle-même. — Les appels sont portés, soit devant la délégation administrative du municipe (*Verwaltungsausschuss*), soit devant le ministre de l'intérieur (art. 169 à 218 de la loi). — Les art. 263 à 284, traitent du mode de procéder de l'autorité tutélaire. — Les art. 285 à 300 fixent les règles de la conservation et de l'administration des sommes d'argent placées dans les caisses du Conseil des orphelins.

Cette loi très complète entre sans doute dans des détails exagérés. Peut-être montre-t-elle vis-à-vis du père une trop grande défiance. Elle n'en est pas moins curieuse comme un des derniers, et le plus important des documents législatifs, qui tendent à soumettre le père à un contrôle aussi efficace que possible (94).

3° SUISSE.

La Constitution fédérale du 29 mai 1874 (95) a placé dans la compétence de la Confédération un certain nombre de matières de *droit civil*, dont la réglementation appartenait auparavant aux cantons (art. 53, 54-64). — C'est par suite de cette extension de compétence, qu'ont été déjà promulguées la loi

(94) Avant cette législation, et jusqu'en 1863, il y avait encore en Hongrie des sortes de fiefs ou apanages (*osi voyson*), qui n'étaient pas personnels, mais appartenaient à la famille. Quand le père les compromettait par son administration, ils étaient mis en séquestre.

(95) *Annuaire*, 1875, p. 445 et suiv.

fédérale sur le mariage et l'état civil (96) du 24 décembre 1874, ainsi que les lois des 14 et 22 juin 1881 sur les obligations et sur la capacité civile (97). — Mais la Constitution a laissé dans le domaine des législations cantonales, tout ce qui a rapport *directement* à la puissance paternelle et à la tutelle : de là dans notre matière une grande variété de canton à canton.

Les lois fédérales précitées ont déjà néanmoins établi, sur plusieurs points, une unité que certains fédéralistes voudraient voir étendre à toute la matière.

C'est ainsi que partout, aujourd'hui, l'âge de 20 ans accomplis fait acquérir, à tout individu *des deux sexes*, la majorité légale, laquelle emporte *pleine capacité civile* (art. 1 de la loi du 22 juin 1881) (98). — Le mariage en minorité produit le même effet (99). — L'émancipation peut avoir lieu dès l'âge de 18 ans (art. 2). — Les mineurs ne peuvent s'obliger, ni renoncer à des droits qu'avec le consentement de leur représentant légal. Ils n'ont pas besoin de ce

(96) *Annuaire* 1876, p. 144 et suiv.

(97) *Id.* 1882, p. 58 et suiv. Ces lois ont entraîné depuis 1882 la révision de la plupart des codes cantonaux, qui ont dû être mis en harmonie avec la nouvelle législation fédérale. (Voir l'*Annuaire*, 1882-83-84).

(98) Auparavant, l'âge de la majorité variait de 19 à 26 ans. — La loi de 1881, en donnant pleine capacité civile aux majeurs des deux sexes, abolit la *tutelle des femmes*, qui existait encore dans certains cantons (Valais, Grisons, St-Gall).

(99) D'après la loi fédérale du 24 décembre 1874, le mariage peut avoir lieu à partir de 18 ans pour les garçons, et de 16 ans pour les filles. *L'autorisation des parents n'est nécessaire que jusqu'à 20 ans* (art. 27). La loi de 1874 est en général conçue dans un esprit de défiance marquée contre l'autorité paternelle.

consentement, pour intervenir dans un contrat ayant uniquement pour but de leur conférer des droits ou de les libérer d'une obligation (art. 3 de la même loi, art. 30 du nouveau Code des obligations). — Le mineur qui exerce seul, avec l'autorisation expresse ou tacite de son représentant légal, une profession ou une industrie, s'oblige sur tous ses biens, pour les affaires qui rentrent dans l'exercice régulier de cette profession ou industrie (art. 34 du Code des Obligations).

En dehors de ces points communs, les législations cantonales présentent la plus grande variété en notre matière : les unes rappellent encore par certaines règles la *patria potestas* romaine ; d'autres assimilent presque le père au tuteur ; si, entre ces deux théories extrêmes, on place une série de systèmes intermédiaires, passant par toutes les nuances des anciennes traditions locales, on aura le tableau de la puissance paternelle dans les codes des divers cantons. — Aussi est-il difficile de les classer dans un ordre méthodique quelconque.

Si l'on se place au point de vue de leur *origine*, on peut remarquer que les cantons romans de la Suisse occidentale (Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Valais) se rapprochent plus ou moins des règles de notre Code civil (art. 371-390), mais parfois avec de très importantes modifications. — Quelques cantons (Berne, Lucerne, Argovie, Solcure) paraissent se rattacher en partie aux règles du Code civil autrichien. — La plupart des autres ont dans l'ancien droit du *mundium alémanique* une origine commune. Au centre de ce groupe se trouve Zurich, dont le Code de 1855 a fréquemment servi de modèle aux Codes postérieurs de la Suisse orientale ou septen-

trionale. — Les petits cantons primitifs ont conservé au père un pouvoir très étendu qui va jusqu'à l'aliénation des immeubles. — Enfin le Tessin porte encore de profondes empreintes de la patria potestas romaine.

Si, d'autre part, l'on étudie dans leur *ordre chronologique* les codes et lois spéciales rédigées depuis 60 ans (100), on constate, à travers certaines divergences, une tendance générale à restreindre la puissance du père, et à le placer de plus en plus sous la surveillance de l'Etat. Cette tendance à se rapprocher de la tutelle s'accroît particulièrement dans les lois les plus récentes, et pourrait peut-être à la longue aboutir à une certaine unité. Presque partout aujourd'hui le père a bien moins une véritable puissance (*Gewalt*) qu'une sorte de tutelle (*väterliche Vormundschaft*). Il est qualifié le plus souvent de *tuteur naturel*, et dans un grand nombre de lois les deux matières sont traitées sous la même rubrique. Pourtant le tuteur naturel a encore en général des pouvoirs plus étendus que le tuteur ordinaire.

Une règle commune à tous les cantons, sauf Genève qui s'en tient encore à notre Code, c'est qu'en cas d'*abus*, le père peut être destitué par une autorité supérieure, laquelle est en même temps

(100) Genève, 1804 et 1872. — Vaud, 1819. — Uri, 1820. — Berne, 1824. — Saint-Gall, 1833. — Fribourg, 1834. — Tessin, 1837. — Lucerne, 1840 et 1871. — Soleure, 1841. — Argovie, 1847 et 1867. — Schwytz, 1851. — Unterwald-le-Bas, 1852. — Valais, 1853 et 1871. — Neuchâtel, 1855. — Zurich, 1855. — Appenzell, Rhodes-intérieures, 1856. — Thurgovie, 1860. — Appenzell, Rhodes-extérieures, 1860. — Zug, 1862. — Grisons, 1862. — Schaffhouse, 1864 et 1875. — Unterwald-le-Haut, 1864. — Glaris, 1870. — Bâle-ville, 1873. — Bâle-campagne, 1880.

chargée de lui donner les autorisations, et peut aussi, en général, réclamer de lui des sûretés. — Mais cette autorité, qui d'ailleurs a toujours deux ou plusieurs degrés, affecte des formes très variées. Le plus souvent, c'est l'*autorité administrative*, chambre des tutelles, conseil communal, ou commission de ce conseil, conseil de district, préfet, conseil d'Etat, gouvernement ou même assemblée du peuple. Dans quelques cantons (Fribourg, Neuchâtel), la puissance paternelle relève de l'*autorité judiciaire* (juge de paix ou tribunal civil). Ailleurs, l'autorité judiciaire est assistée des municipalités ou du gouvernement (Vaud et Grisons). Dans le canton d'Unterwald-le-Bas, c'est le conseil de famille qui joue le principal rôle. — Ici la *responsabilité* des autorités tutélaires est admise (Zurich, Rhodes extérieures, Soleure, Zug, Glaris, Bâle); ailleurs elle est écartée. — Certaines lois veulent, qu'à un moment donné de sa minorité, le mineur assiste au *compte* de gestion; dans d'autres ce pouvoir ne lui est pas attribué; quelques-unes n'exigent pas de compte avant la majorité.

Sauf dans certains cantons de la Suisse romande, les pouvoirs du père ne sont pas en général modifiés par le décès de la mère. Parfois pourtant, l'autorité tutélaire prend certaines mesures générales (inventaire, hypothèque conventionnelle, caution).

Le prédécès du père n'entraîne pas en général la tutelle légale de la mère. (Voir pourtant Fribourg, Berne, Soleure, Neuchâtel et Constance).

Le plus souvent le père peut librement aliéner les valeurs mobilières, à moins qu'à raison du péril des biens, l'autorité tutélaire n'en ait ordonné le dépôt dans sa caisse. — Pour les immeubles, l'au-

torisation d'aliéner est donnée dans certains cantons par un tuteur ad hoc, le plus souvent par l'autorité tutélaire ; parfois l'aliénation est libre.

Quelques cantons admettent au profit de l'enfant un privilège ou une hypothèque légale, surtout si le père est failli.

L'émancipation produit tantôt l'effet d'une déclaration anticipée de majorité, tantôt l'effet d'une demi-majorité. Elle est prononcée par les autorités les plus diverses, avec ou sans le consentement du père.

Ces quelques exemples suffisent pour établir l'impossibilité de dresser un tableau d'ensemble des législations suisses. Nous sommes donc obligés de les parcourir successivement par *ordre alphabétique* (101).

1° APPENZELL, RHODES EXTÉRIEURES. — Cette partie du canton a, depuis 1860-1861, un recueil de lois sur les principales branches du droit civil. — Mais la puissance paternelle est encore régie par les usages locaux qui donnent au père un pouvoir très étendu. La loi du 28 octobre 1860 *sur les tutelles*, est venue y apporter néanmoins une importante restriction, en déclarant que l'autorité tutélaire peut toujours affranchir l'enfant de la puissance paternelle pour le *placer en tutelle* (art. 36). — Après la mort de la mère, le père n'est *tuteur* que si l'autorité veut bien lui laisser l'administration de la fortune de sa

(101) Voir Lardy, *Législation civile des cantons suisses*, Genève, 1877. — Lehr, *Droit civil germanique*, p. 380 et suiv. — Pradines, *op. cit.* p. 438 à 454. — Saint-Joseph, tomes III et IV. — *Annuaire*, 1872-1885.

femme. — La mère survivante n'est pas tutrice. — L'autorité tutélaire est confiée à une commission du conseil communal (*Vorstherschaft*), lequel est responsable.

2° APPENZEL, RHODES INTÉRIEURES. — D'après la loi du 27 avril 1856 sur les tutelles, le père, bien que qualifié de tuteur naturel, *peut aliéner librement les biens meubles et immeubles* de ses enfants. Il est dispensé d'inventaire. — La seule garantie, c'est que, *si le père administre mal, l'autorité tutélaire nomme d'office un tuteur*. Si le père vient plus tard à faire faillite, et s'il s'est écoulé 1 mois depuis l'inscription de la fortune des enfants au livre des tutelles, la fortune des enfants est privilégiée. — Le père *qui ne veut pas administrer lui-même*, peut demander qu'on nomme un tuteur à ses enfants. — La mère survivante n'est pas tutrice naturelle, et aucune femme ne peut être appelée à la tutelle. — L'autorité tutélaire est exercée par un conseil de tutelle (*Vogteirath*), nommé pour tout le canton. — L'enclave d'Oberegg a une autorité tutélaire séparée (*Vogteibehorde*).

3° ARGOVIE. — Le code du 31 août 1847, modifié par la loi sur les tutelles du 29 novembre 1867, donne la puissance paternelle au père, et *à son défaut à la mère*, si le père est mort, failli, interdit ou absent (art. 174 et 182). — L'autorité tutélaire doit, lorsque les père ou mère entrent en possession de biens appartenant à leurs enfants, *dresser inventaire*, et *veiller à ce que des sûretés soient fournies pour la conservation du capital* (art. 185). Sinon les titres, valeurs etc... doivent être déposés à la caisse de l'autorité tutélaire (§ 13 et 14 de la circulaire du gouvernement du 17 juin 1868). — Le con-

joint survivant a, d'ailleurs, l'usufruit pendant toute sa vie de la totalité de la succession du prémourant (art. 894), et en outre l'usufruit des autres biens des enfants mineurs jusqu'à leur majorité.

L'autorité tutélaire appartient au *préfet* (loi du 16 mars 1854). Mais la nomination d'un curateur aux biens (*Pfleger*), en cas de mauvaise administration, est faite par l'*autorité municipale* (art. 277). Enfin c'est le *tribunal civil* qui autorise les émancipations (art. 210).

4^e BALE-VILLE. — Les règles de la matière sont contenues dans deux anciennes ordonnances des 3 août 1767 et 20 août 1787, modifiées par la loi récente du 16 décembre 1873 (102). — Le père, *comme le tuteur*, qui veut aliéner, hypothéquer, ou échanger les immeubles de ses enfants, est tenu de se faire autoriser par le *Waisengericht* ou Chambre des tutelles. — L'abbaye ou corporation (*Zunft*) exerce d'autre part les attributions d'une sorte de conseil de famille, ou autorité tutélaire au premier degré, veillant à ce que le père offre des garanties, et *pouvant exiger au besoin de lui des sûretés hypothécaires*. Les notaires doivent d'office communiquer au *Zunft* tous les actes testamentaires qui intéressent les mineurs, et il est interdit aux héritiers ou exécuteurs testamentaires de délivrer les legs aux père et mère avant d'avoir obtenu d'eux des garanties. — En tout cas, l'enfant, en cas de déconfiture

(102) *Annuaire*, 1877, p. 570. — Bâle-ville n'a pas de Code civil. — Les règles de la loi nouvelle relatives à l'émancipation par mariage, à la majorité et à l'abolition de la tutelle des femmes, sont devenues inutiles depuis la loi fédérale de 1881 sur la capacité civile.

du père, jouit d'un *privilège* au deuxième rang. — Les membres de l'autorité tutélaire sont en outre *responsables* de leur négligence.

Sur la proposition du père, le *tribunal civil* peut prolonger ses fonctions d'administrateur même après la majorité (103). — En revanche le *Conseil d'État*, organe du gouvernement, peut émanciper le mineur à tout âge (104), si cette mesure lui paraît opportune; ce qui entraîne pour le père la perte de la jouissance et de l'administration.

Au décès du père, la mère n'est pas tutrice. — L'enfant naturel, qui a des biens, est pourvu d'un tuteur spécial (Ord. du 28 avril 1828).

5° BALE-CAMPAGNE. — La loi sur les tutelles du 25 février 1853, qui exigeait la *nomination d'un tuteur* aux mineurs toutes les fois qu'ils avaient une fortune propre même du vivant de leurs père et mère, a été abolie par la loi nouvelle du 23 février 1880 (105). — L'enfant sous puissance paternelle n'est plus mis sous la tutelle d'un étranger pour ce qui concerne ses biens, (sauf certaines hypothèses déterminées par les art. 12 à 14). Le père est son *tuteur légal* (art. 76 à 81). Il a la jouissance des biens, tant qu'il supporte les frais d'éducation. La mère, à laquelle une loi du 17 mars 1879 a rendu sa capacité civile, exerce les droits du père en cas de mort, d'absence, de divorce, ou de séparation de corps prononcée à son profit.

Le père est placé sous la surveillance du Comité des orphelins, *Waisenamt*, nommé pour 6 ans par

(103) Mais il semble que cette faculté ait été abolie ou modifiée par la loi fédérale de 1881.

(104) Même observation qu'à la note précédente.

(105) *Annuaire*, 1881, p. 457.

le Conseil d'État (art. 2 à 8). Le département de la justice est juge d'appel (art. 10) (106).

A la mort de la mère, au lieu de partager la communauté, le comité des orphelins peut autoriser le rachat (*Auskauf*), et renvoyer le partage à la majorité des enfants. — Les droits des enfants sont garantis par une *hypothèque conventionnelle* ou un *cautionnement obligatoire*.

6° BERNE. — Le Code civil de Berne de 1824-1830 a été l'un des premiers Codes de la Confédération. — D'après lui, le père, *et à son décès la mère*, sont *tuteurs naturels* de leurs enfants vivant sous leur puissance qui possèdent des biens propres (art. 235).

Lorsqu'il échoit quelque bien à leurs enfants, ils doivent en donner connaissance à l'autorité tutélaire du lieu de leur bourgeoisie, afin que celle-ci en fasse dresser *l'inventaire* (art. 236). Les cadeaux de baptême, et les étrennes de la main à la main en sont seuls exceptés. — Cette notification doit être faite dans le délai d'un mois. Passé ce délai, l'autorité tutélaire peut nommer un *conseil judiciaire extraordinaire* (*ausserordentlicher Beistand*), pour administrer les biens des enfants (art. 237).

Le père a *l'usufruit* des biens venant aux enfants de la ligne maternelle ; à cet égard les enfants sont placés vis-à-vis du père dans la même situation que

(106) Auparavant l'autorité tutélaire était formée : 1° du conseil communal assisté de deux parents ; 2° du conseil de district composé du préfet, du notaire, et d'une troisième personne élue directement par le peuple ; 3° du conseil d'État, auquel des comptes trimestriels étaient rendus ; 4° du *peuple assemblé*, qui ratifiait la nomination du tuteur aux biens (art. 5, 8, 10, 14 de la loi de 1853).

la femme vis-à-vis de son mari (art. 88 à 106, art. 159). — Quant aux autres biens, le père ne peut en employer les revenus pour l'entretien de la famille en général, qu'en cas de pauvreté établie, et avec le consentement de l'autorité tutélaire (art. 158). — En ce qui concerne les biens que l'enfant acquiert par son travail, le mineur est habilité directement par l'autorité tutélaire.

Si le père néglige ses devoirs, un *tuteur* est nommé à l'enfant. Le gouvernement peut d'ailleurs *l'émanciper* (art. 165). — Toutes les fois qu'il y a des *intérêts contradictoires* entre père et fils, l'enfant doit être assisté d'un conseil extraordinaire (art. 162).

L'autorité tutélaire se compose : 1° du *conseil communal*, qui dans les communes populeuses, délègue une commission ad hoc (art. 208); 2° du *préfet*; 3° enfin, en troisième ressort, du *conseil exécutif* (gouvernement), ou *Petit Conseil*, qui est le tuteur supérieur de tous les incapables (art. 207).

La puissance paternelle sur les enfants naturels est exercée par les communes (art. 204).

Le Code civil de 1824 ne s'applique pas dans son ensemble à la partie française du canton de Berne (Jura Bernois), laquelle est encore régie par le Code Napoléon. Toutefois une loi du 28 novembre 1825 a étendu au Jura Bernois les dispositions du nouveau Code relatives à la *Tutelle*. — Nos art. 371 à 387 qui traitent de la puissance paternelle sont donc maintenus. Mais comme l'art. 389 est compris dans le titre de la tutelle, il se trouve abrogé. Les règles de l'administration des biens sont donc celles du Code Bernois, tandis que celles de l'usufruit sont encore empruntées à notre Code civil.

7^o FRIBOURG. — Le code civil de Fribourg (1834-1849), se rapproche beaucoup plus du code napoléon, que les législations précédentes. — Toutefois, il maintient l'administration légale du père après la mort de la mère ; de là certains détails intéressants relatifs à cette administration.

ART. 202. — Le père est tenu, dans les 42 jours de l'entrée en possession, de *faire un inventaire* de tous les biens dévolus à ses enfants, et de le déposer au greffe de la *justice de paix* (107), qui en contrôle l'exactitude. A défaut d'inventaire par le père, il y est pourvu d'office par le juge de paix.

ART. 203. — Il administre les biens avec prudence ; il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

ART. 204. — Il est dispensé de vendre les meubles dont il a la jouissance (108), sauf à les faire estimer.

ART. 205. — Il fait de sa seule autorité tous les actes d'administration non exceptés. Les *actes exceptés* sont : les *emprunts* d'argent, *cautiionnements* et autres engagements de la même nature ; *acquisitions* et *aliénations* d'immeubles, constitutions d'hypothèques ou de servitudes ; *bâtisses à neuf et réparations considérables*. — Pour ces actes, il lui faut l'autorisation du *juge de paix*. Si elle lui est refusée, il peut la demander au *tribunal civil* ; le tout *dans les formes suivies en matière de tutelle*. — A défaut d'autorisation, les actes sont nuls et sans effet quant à l'enfant. En cas de bâtisses ou de répara-

(107) Le juge de paix a remplacé la Direction des Orphelins, depuis la loi du 26 mai 1848.

(108) Les art. 194 à 199 reproduisent à peu près nos art. 384 à 387.

tions considérables faites sans autorisation, l'enfant a le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, ou de contraindre le père à acquérir le fonds au prix d'une estimation juridique (art. 102 et 205).

Art. 206. — En cas d'opposition d'intérêts, le juge de paix nomme au fils un curateur spécial.

Art. 207. — Si le père n'offre aucune solvabilité, ou met en péril la fortune de ses enfants, il est tenu de les assurer par *cautionnement* ou autrement; s'il ne le peut, *les capitaux et les créances sont déposés au greffe de la justice de paix*.

L'art. 208 reproduit notre art. 389. L'art 209 ajoute que le père n'est tenu de rendre compte qu'à ses enfants majeurs.

Art. 210. — En cas d'interdiction, d'absence, *de faillite* du père, la puissance paternelle *passé de plein droit à la mère*.— En cas d'adultère, d'excès ou sévices envers la mère ou les enfants, il peut en être privé *par jugement* du tribunal.

Art. 211. — Au décès du père, la mère administre également, à moins que le père n'ait nommé un tuteur testamentaire.

8° GENÈVE. — Le Code civil français est encore en vigueur dans le canton de Genève.

Mais il faut mentionner la loi du 15 juin 1872 (109),

(109) *Annuaire*, 1873, p. 462. Le titre des Tutelles avait été déjà modifié par une loi du 18 août 1848, relative aux scellés, à l'inventaire, et au compte de gestion. D'autre part, la loi du 27 juin 1855, sur la *Vente des immeubles des mineurs*, rapportée par la loi de 1872 dont nous parlons, reproduisait à peu près notre loi de 1841.

sur les *Ventes d'immeubles appartenant aux mineurs, laquelle est venue étendre, au détriment du tribunal, la compétence du conseil de famille* en cette matière. — C'est le conseil qui est chargé d'autoriser le tuteur, (et par conséquent le père, dans le système que nous avons admis), à consentir la vente, l'échange, le partage ou la licitation des biens meubles ou immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs. Le père pourra également, avec cette seule autorisation, consentir tout emprunt, toute inscription ou radiation partielle d'hypothèque, toute transaction (art. 1). — Les délibérations du conseil de famille sont exécutoires de plein droit, si elles sont prises à l'unanimité des membres présents; sinon, elles doivent être soumises d'office à l'approbation du *président du tribunal civil*; celui-ci convoque derechef le conseil *en présence du procureur général*, lequel donne ses conclusions. Le président ou le juge délégué par lui statue définitivement.

Cette extension de la compétence du conseil de famille a eu pour résultat de diminuer les frais et d'éviter les lenteurs de la procédure judiciaire.

9° GLARIS. — A l'inverse de Genève, le code civil du canton de Glaris (1869-1874), appartient essentiellement à la famille des codes germaniques (140), et, à raison de sa nouveauté, il présente un intérêt tout spécial.

Non seulement les noms, mais même les notions de tutelle et de puissance paternelle sont confondues, sous le mot commun de *Vogt*, dans la nouvelle loi glaronaise (141). — Néanmoins la matière est

(140) *Annuaire*, 1875, p. 501. — Traduction de M. Lehr.

(141) Il en était déjà ainsi dans le *Landsbuch* révisé de 1861.

encore traitée dans deux chapitres distincts. La *Tutelle paternelle* est une section du chapitre « Des enfants légitimes », tandis que la *Tutelle de l'autorité* est traitée dans un chapitre spécial. *La première est d'ailleurs assimilée à la seconde au point de vue des règles de l'administration.*

ART. 216. — Le père est de plein droit le *tuteur* de ses enfants légitimes, tant qu'il n'est pas lui-même interdit, ou que ses enfants ne sont pas placés sous la tutelle de l'autorité.

S'il est interdit, le *tuteur du père* exerce en même temps les pouvoirs tutélaires sur les enfants (art. 224). — Les enfants sont placés sous la tutelle de l'autorité, lorsque la Commission d'Etat (*Standes-commission*), sur la proposition de la Direction des orphelins (*Waisenamt*), a retiré au père *négligent* la tutelle paternelle (art. 225). Cette destitution peut avoir lieu, soit en cas d'*incapacité* ou de *négligence*, soit même *lorsque le père est hors d'état de fournir des sûretés suffisantes*. Elle est de droit pour le *failli* (art. 245).

ART. 217. — En sa qualité de tuteur, le père administre la fortune de ses enfants et les représente vis-à-vis des tiers. Les enfants ne peuvent pas en principe s'obliger valablement, et le père ne répond des engagements contractés par eux que dans la mesure de leur émolument.

En tant qu'administrateur de la fortune de ses enfants, il est placé sous la surveillance de la Direction des orphelins, *tout comme un tuteur datif*. Il a notamment à indiquer à cette Direction, en quelles valeurs il place cette fortune, et, s'il en est personnellement débiteur, à fournir des sûretés suffisantes. — La Direction intervient pour autoriser tous actes de quelque importance (art. 264), même la *passation*

des baux ordinaires, le remboursement des capitaux échus, et l'exercice des actions purement mobilières.

— Elle exige l'*inventaire* dans les quatre semaines, l'apposition de son visa sur tous les titres ou valeurs, enfin une *reddition de compte bisannuelle* (art. 245).

ART. 218. — Il supporte les frais d'éducation; mais en revanche il a l'usufruit des biens, même de ceux que les enfants acquièrent par leur travail.

ART. 220 — Sont soustraits, *non à l'administration*, mais à l'usufruit du père, les épargnes (*Spargut*) des enfants, et les biens qui leur ont été donnés sous cette condition expresse.

ART. 221 — Lorsque l'enfant, parvenu à l'âge de discernement, est autorisé par son père, sans avoir été émancipé, à exercer une profession ou industrie pour son propre compte, les engagements qu'il contracte à ce propos peuvent être poursuivis à la fois contre l'enfant *et contre le père* : contre l'enfant, jusqu'à concurrence des biens qui ont été mis à sa disposition, et contre le père pour le reste (112).

ART. 222 — Le père est tenu de restituer à l'enfant sa fortune intégrale. Si certains biens n'existent plus en nature, il doit en restituer la valeur, à moins qu'il ne prouve qu'ils ont péri par cas fortuit, ou qu'ils ont été consommés dans l'intérêt de l'enfant lui-même avec l'assentiment de la Direction des orphelins.

En cas de *faillite* du père, la créance de l'enfant est *privilégiée*.

En cas d'opposition d'intérêts, on nomme un tuteur extraordinaire (art. 246).

(112) Il y a là un souvenir évident de l'action institoire romaine.

Les procès-verbaux de délibérations, les inventaires et comptes, les titres de créances sont tenus dans la caisse de la Direction (art. 267). Les membres de la Direction sont *responsables de leur négligence grave* (art. 268).

La Commission d'État exerce une haute surveillance (art. 270), et fait, tous les deux ans, une inspection générale des tutelles.

Au décès du père, la mère n'est pas tutrice (art. 226).

10. GRISONS. — D'après le Code civil des Grisons du 1^{er} septembre 1862, il y a deux degrés dans la minorité. Les *unmündige*, mineurs simples au dessous de 17 ans, sont placés en *tutelle*. Les *mündige*, âgés de plus de 17 ans (113), reçoivent un *curateur*, s'ils ont de la fortune (art. 16, 105 et 123).

Comme dans les cantons de Glaris et de Zurich (114), le père est *tuteur naturel* de ses enfants mineurs. — Pour vendre les immeubles, il lui faut le consentement de l'autorité tutélaire. Mais il peut librement aliéner les meubles (art. 60). Il doit faire inventaire des biens (art. 61). Il en a d'ailleurs la jouissance (art. 63).

Il est déchu de la tutelle, s'il se remarie, à moins que l'autorité tutélaire ne prolonge ses pouvoirs (art. 67).

La mère survivante n'a pas la tutelle légale (art. 62 et 112).

L'autorité tutélaire se compose d'une commission de 3 à 5 membres nommés pour deux ans par le

(113) 18 ans, depuis la loi fédérale de 1881 qui n'admet l'émancipation qu'à cette âge.

(114) Voir ci-dessous p. 477.

tribunal de cercle (*Kreisgericht*). Les décisions en appel sont déférées au gouvernement.

11° LUCERNE. — Le Code de Lucerne de 1840, a été modifié par la loi du 7 mars 1871 sur les tutelles.

Le père a l'administration et la jouissance des biens dévolus à ses enfants mineurs, soit pendant, soit après le mariage (art. 71). — *Il n'est pas assimilé au tuteur ordinaire*. Néanmoins, certaines précautions sont prises. Un inventaire doit être dressé, et des sûretés fournies par le père; sinon les titres sont déposés à la caisse de l'autorité tutélaire (art. 73); celle-ci est représentée par le Conseil communal (art. 4 de la loi des Tutelles); elle exerce relativement au capital de la fortune de l'enfant, le rôle de nu propriétaire (art. 72).

La mère, en cas de décès ou d'incapacité du père, acquiert tous ses droits, si d'ailleurs le bien de l'enfant n'exige pas d'autres mesures (art. 9 de la loi des Tutelles) (115).

12° NEUCHÂTEL. — Le Code de Neuchâtel de 1854-1855 est presque la reproduction du nôtre, mais avec certaines modifications. — Les art. 275 à 281 copient à peu près nos art. 384 à 390. — Néanmoins, l'art. 276 ajoute que le père doit administrer les biens, *comme un tuteur vigilant* doit le faire. — D'autre part, le père n'est pas tenu de faire inventaire (art. 316), à moins qu'il n'y ait péril; il peut accepter les successions sans autorisation (art. 772). — L'aliénation des *meubles* est libre; mais il faut l'autorisation de la *justice de paix* pour emprunter,

(115) La loi de 1871 abroge l'incapacité des femmes.

aliéner ou hypothéquer les *immeubles* (art. 318). — Le contrôle et la haute surveillance appartiennent à la *Direction de la justice* (département du Conseil d'Etat), depuis la loi du 13 juillet 1874 sur l'Organisation judiciaire (art. 23).

13° SAINT-GALL. — L'art. 34 de la loi du 29 décembre 1833 donne au père la qualité de *tuteur naturel* des biens échus à ses enfants sous puissance.

Il doit déclarer à l'autorité tutélaire (délégation de 3 à 5 membres du Conseil municipal), les biens dépendant de toute succession échue à ses enfants, ainsi que la fortune qui leur a été attribuée du chef de leur mère (art. 35). — D'ailleurs, il *dispose librement de tous les biens meubles et immeubles* qui leur sont dévolus, et les titres ne sont pas déposés à la caisse de l'autorité tutélaire.

Il peut être obligé par décision du Conseil communal, sur la demande des enfants ou de leurs plus proches parents, à fournir une *garantie* pour la totalité de leurs biens, lorsque ces biens sont menacés par le mauvais état de ses affaires devenu notoire (art. 37). On peut même nommer à sa place un tuteur (art. 18).

On organise une *tutelle ad hoc*, lorsqu'il y a contrat ou conflit d'intérêts entre le père et ses enfants mineurs. Le tuteur ad hoc porte le titre de suppléant, ou *Stellvertreter*.

La mère n'est jamais tutrice, mais elle a le droit de surveiller en tout temps l'administration des biens de ses enfants (art. 60), et de recourir à l'autorité tutélaire.

14° SCHAFFHOUSE. — D'après le Code civil de 1864 et la loi du 3 déc. 1875 sur les pouvoirs du tuteur, le

père, administrateur et usufruitier des biens de ses enfants (art. 230), peut aliéner et engager librement leur fortune mobilière ; mais il ne peut aliéner ou grever leurs immeubles qu'avec l'assentiment d'un *tuteur extraordinaire* (art. 240). — Un inventaire doit être dressé d'office (art. 241 et 326) ; l'autorité tutélaire peut obliger le père à fournir des sûretés, et même lui retirer l'administration (116).

Il existe un fonctionnaire particulier appelé *l'inspecteur des orphelins* (*Waiseninspector*), chargé de surveiller le père comme le tuteur, et de renseigner l'autorité tutélaire (*Conseil municipal*). Celle-ci agit sous réserve du recours au gouvernement (art. 316). — Le père doit lui rendre des comptes tous les deux ans. — C'est sur le rapport de l'inspecteur des orphelins que le gouvernement émancipe le mineur.

Le père conserve d'ailleurs, même après la majorité ou l'émancipation, l'usufruit de la moitié des biens, et même de la totalité s'il s'agit de la fortune de la mère, tant qu'un seul des enfants est mineur (art. 232).

La mère n'est pas tutrice au décès du père.

15° SCHWYTZ. — Le canton de Schwytz n'a pas de code ; il est encore régi par les usages locaux rapportés dans son vieux Landbuch, auxquels il faut joindre l'Ordonnance sur les Tutelles du 17 juillet 1851.

Le père peut *aliéner librement les immeubles comme les meubles* de ses enfants mineurs. Il ne rend compte qu'à leur majorité. — Toutefois, *en cas de négligence*

(116) Grande analogie avec le Code de Zurich, qui a servi de modèle. Voir ci-dessous, p. 477.

grossière et persistante, le Conseil communal peut lui retirer l'administration et nommer un tuteur. Les parents les plus rapprochés sont tenus de dénoncer les cas de négligence et peuvent proposer un tuteur (art. 4, 5, et 16 de la loi de 1851). Le Conseil de district et le Gouvernement sont juges d'appel (art. 34). — La mère ne supplée pas le père.

16° SOLEURE. — Le code de Soleure de 1841 distingue, d'une part, les biens dont le père a l'usufruit, et de l'autre, ceux qui ont été légués à condition que le père n'en jouira pas. — Pour les premiers, le père a de très larges pouvoirs. Seule l'aliénation des immeubles est prohibée, s'il n'y a pas assentiment de l'autorité tutélaire (art. 269). Le père n'a de ce chef aucun compte à rendre (art. 273). — Pour les seconds, l'Administration des orphelins détermine la somme nécessaire aux besoins du mineur, et veille à ce que le surplus soit ajouté au capital (art. 274). Si les revenus sont insuffisants, le capital même mobilier ne peut être entamé qu'avec l'autorisation du magistrat supérieur (*le préfet*) (art. 271).

En tout cas, l'autorité tutélaire peut exiger du père une caution, et même le dénoncer à l'autorité supérieure, laquelle, après avertissement (art. 255), peut lui retirer l'exercice de la puissance paternelle (art. 257), et nommer au mineur un administrateur (art. 391).

La commune est pécuniairement responsable de tout dommage causé par la négligence de l'autorité tutélaire (art. 335).

17° TESSIN. — Avant la loi fédérale de 1881 sur la capacité civile, le code du Tessin de 1837 était encore

profondément marqué à l’empreinte du droit romain (116 *bis*); ce qui s’expliquait au surplus par la situation géographique du canton. — Aujourd’hui encore, il conserve plusieurs traces de cette *très forte constitution de la puissance paternelle*.

C’est ainsi, notamment, que *le père peut nommer un héritier à son enfant*, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir en état d’incapacité de tester. — Il s’approprie les gains faits par ses enfants, sans excepter ceux obtenus dans l’exercice de l’art militaire ou des arts libéraux (art. 103). — Son droit d’administration comporte celui d’*aliéner les immeubles*; pourtant il ne peut accepter les successions que sous bénéfice d’inventaire (art. 465). — Il ne peut être obligé en aucun cas d’émanciper ses enfants (art. 105), et *il n’est sous la surveillance de l’autorité tutélaire qu’après la mort de la mère*. — La mère survivante n’a pas la tutelle légale, et, bien que la *municipalité* doive de préférence porter son choix sur elle, elle est en tout cas primée par le *curateur testamentaire* désigné par le père. Cette désignation est valable, lors même que l’acte de dernière volonté serait déclaré nul pour vice de forme (art. 120).

18^e THURGOVIE. — D’après la loi du 11 février 1860, le père est tenu d’annoncer au *Conseil communal* (*Waisenamt*) toute succession ou donation importante dévolue à l’un de ses enfants, et mention en doit être faite dans les procès-verbaux de l’autorité tutélaire (art. 186). — Il est autorisé à vendre, ou engager les biens meubles; mais pour aliéner les immeubles ou les successions dévolues à ses

(116 *bis*) De là, la refonte du Code, en date du 15 nov. 1882.

enfants, il lui faut l'assentiment d'un *tuteur ad hoc* (art. 187). — Il a l'usufruit des biens ; mais il peut être tenu de fournir caution (art. 193). — L'émancipation est prononcée par le *Gouvernement*, sur l'avis préalable du *Conseil de district*, qui forme l'autorité tutélaire en deuxième ressort. — Les droits et devoirs du père défunt passent à la mère (art. 198).

19° UNTERWALD-LE-BAS. — La loi de Nidwalden, promulguée le 23 octobre 1852, est une des seules lois civiles de la Confédération, qui reconnaisse l'autorité du *conseil de famille* (*Freundschaft*), dans des conditions assez analogues avec celles de la loi française. — Le conseil de famille, formé des cinq parents les plus rapprochés (trois paternels et deux maternels), a un droit supérieur au père même pendant le mariage. Le père ne peut acheter ou vendre des immeubles sans son consentement, à peine de nullité absolue pour les enfants, et de tous dommages-intérêts envers les tiers. — Il ne peut aliéner ou donner en gage les *lettres de rente* (*Gülten*) ou les *valeurs mobilières* des enfants, sans le consentement de deux proches *parents*, ou de l'enfant lui-même s'il est âgé de 20 ans (art. 87). — Le conseil de famille fait faire inventaire de tous biens échus au mineur. Il est assisté dans ses opérations par un fonctionnaire public, le *Waisenvogt* (analogue à notre juge de paix), sorte de délégué du Landrath, chargé de lui rendre compte (art. 119). — Le conseil de famille peut être rendu responsable des dommages causés par sa faute au pupille (art. 145). — Les parents, le Conseil communal, l'Administration des pauvres (*Armenverwaltung*), sont tenus de réclamer du père des sûretés, si la

fortune des enfants est compromise, et de leur faire désigner par le conseil de famille un tuteur datif, sauf recours du père auprès du gouvernement. — La mère peut être appelée à la tutelle (art. 92 et 126).

20° UNTERWALD-LE-HAUT. — La législation obwaldienne du 24 avril 1864 a maintenu les traditions locales, qui accordaient au père des pouvoirs très étendus, *comprenant même l'aliénation des immeubles*. — La seule garantie du fils est la possibilité de destitution du père par le Conseil communal, lequel organise alors une tutelle. — Le Conseil communal peut également laisser au mineur lui-même la libre administration de ses biens, sous la surveillance d'un curateur chargé de la conservation du capital (art. 23). C'est une émancipation partielle analogue à la nôtre. — Avant de recourir à une destitution du père, l'autorité tutélaire peut exiger de lui des sûretés réelles ou personnelles (art. 29).

La mère survivante n'est pas tutrice. Mais elle peut avoir la *libre administration* des biens, sauf à ne pas porter atteinte au capital (art. 24), pour la conservation duquel un tuteur datif est nommé.

21° URI. — Le canton primitif d'Uri est également soumis aux anciens usages qui donnaient au père la libre disposition de tous les biens de ses enfants. L'art. 113 du Landbuch de 1820 s'est contenté de dire qu'il est leur tuteur naturel, sans émettre aucune autre disposition, s'en référant ainsi purement et simplement à la coutume. Le droit du père est si *absolu* qu'il n'est tenu de rendre compte à personne de sa gestion. — Néanmoins, et par analogie tirée des prescriptions en vigueur pour les femmes ma-

riées, on admet que les parents les plus rapprochés peuvent requérir la nomination d'un tuteur, *si le père abuse de son pouvoir*. Le tuteur est nommé par le Conseil de district, sur la présentation du Conseil communal.

22^o VALAIS. — Le Code civil valaisan, promulgué en 1853, se rapproche assez en général du Code napoléon qu'il a même très souvent reproduit et copié. Mais en matière de puissance paternelle, il s'en est au contraire profondément écarté. — L'article 173 déclare que le père ne peut aliéner ou obliger les immeubles qu'avec l'approbation de la *Chambre pupillaire*. Celle-ci, formée de trois membres du *Conseil municipal*, doit toujours prendre l'avis du *Conseil de famille* composé de tous les parents jusqu'au huitième degré. Le rôle de ce dernier conseil est d'ailleurs *purement consultatif*. — D'après l'art. 175, le père doit faire inventaire, et un double de l'inventaire doit être déposé aux archives de la Chambre pupillaire. — L'art. 176 ajoute que, si le père n'offre pas de garantie ou met en péril les biens de ses enfants, il est tenu de les assurer convenablement par cautionnement ou autrement. A défaut de le faire, on nomme un tuteur aux enfants.

La loi du 1^{er} mai 1871, modifiant l'art. 177, oblige le père à rendre compte tous les 4 ans. Auparavant il devait seulement un compte unique à la fin de son administration ; mais en revanche, les enfants avaient un privilège sur la fortune de leurs parents. Ce privilège a été supprimé (117).

La mère survivante n'est tutrice que si elle est

(117) *Annuaire*, 1878, p. 643.

désignée par le père et confirmée par la Chambre pupillaire (art. 203 et 204.)

23° VAUD. — Le Code vaudois, publié le 11 juin 1819 (révisé le 3 décembre 1881), est le premier Code civil qui ait paru en Suisse. Il s'écarte très peu du nôtre.

Les art. 199 à 201 sont la copie pure et simple de nos articles 371 à 373. L'art. 213 est la reproduction de notre article 389. — Le père ou la mère ont la jouissance (art. 204 à 210), à peu près dans les mêmes conditions que les parents français (sauf qu'elle dure jusqu'à la majorité). Lorsque l'enfant est resté dans la maison paternelle après sa majorité ou son émancipation, cette jouissance est présumée avoir continué s'il n'y a convention contraire. — L'art. 208 impose la *nécessité de l'inventaire* dans les 42 jours à dater de l'entrée en possession ; le juge de paix doit au besoin y procéder d'office.

Tant que dure le mariage, la puissance du père échappe en général au contrôle des autorités constituées. Le législateur vaudois a cru trouver une suffisante garantie contre les excès de ce pouvoir dans la présence de la mère au foyer conjugal. — Toutefois (art. 279), en cas de péril des biens et d'insolvabilité du père, le juge de paix peut mettre ces biens en *régie judiciaire*. Cette mesure conservatoire est prise, soit d'office, soit sur la demande des parents ou de la municipalité. — A la dissolution du mariage, il y a *tutelle, légale* pour le père, *testamentaire* ou *contractuelle* pour la mère.

24° ZUG. — La première partie du Code civil de Zug, relative au droit des Personnes, est en vigueur

depuis 1862. Elle est en notre matière (art. 52-57) empruntée presque complètement au Code de Zurich.

25^e ZURICH. — Le Code Zurichois de 1854, œuvre du docteur Bluntschli, l'un des meilleurs et des plus intéressants codes de la Confédération, a été, comme nous l'avons vu, l'objet de fréquentes imitations de la part des rédacteurs des Codes postérieurs (notamment Schaffhouse, Thurgovie, Grisons, Glaris et Zug). Il a donc une importance toute particulière. C'est une habile et heureuse combinaison des divers systèmes; il a su satisfaire aux exigences des idées modernes, tout en maintenant au père une incontestable autorité et en conservant intactes certaines traditions locales. — En voici in extenso les principaux articles :

ART. 261. — Le père administre, comme *tuteur paternel* des enfants, les biens de ceux-ci, et les représente au dehors.

ART. 262. — Il a le droit de vendre ou d'engager les biens mobiliers de l'enfant. — Quant aux immeubles et aux successions, il ne peut ni les vendre, ni les engager, ni faire prendre une inscription d'hypothèque sur tout ou partie de ces biens, sans le consentement d'un *tuteur ad hoc*. — Ce tuteur est nommé par l'autorité tutélaire ou *Conseil communal*, (art. 318).

ART. 263. — Il a également le droit de faire usage et de jouir des biens des enfants, tant qu'ils sont en tutelle.

ART. 264. — Ce que l'enfant acquiert par son travail régulier appartient en propre au père, jusqu'à concurrence des frais faits par le père pour son entretien.

ART. 265. — Si l'enfant pourvoit lui-même à son entretien, ou s'il vit hors de la maison de son père, ce qu'il gagne par son travail lui appartient et il peut en disposer sous la réserve de l'obligation alimentaire.

ART. 266. — L'enfant *pubère* peut *disposer* lui-même de ce qu'il gagne par un travail extraordinaire, ou de ce qui lui est donné pour qu'il en dispose librement.

ART. 267. — Les épargnes des enfants, et ce qui leur est donné ou légué sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas, *sont exceptés de la jouissance paternelle, mais non de la tutelle paternelle.*

ART. 268. — Dans le cas où les intérêts des enfants paraissent compromis, l'Administration des tutelles a le droit d'exiger du père *une garantie* pour tout ou partie des biens, autant que les circonstances le permettent. — C'est à l'Administration des tutelles et non aux tribunaux de décider si cette garantie doit être donnée, et à combien elle doit s'élever. — A défaut de garantie, elle peut *faire déposer dans sa caisse les capitaux mobiliers* (art. 157).

ART. 271. — Le père est responsable envers l'enfant de la restitution intacte de ses biens.

ART. 272. — Il est tenu de l'indemniser des biens qui manquent, s'il ne peut prouver, ou que des biens ont péri uniquement par accident, ou qu'ils ont été employés d'une manière avantageuse pour les intérêts de l'enfant et sans que le père ait négligé les obligations à sa charge, ou qu'ils ont servi à soutenir la famille dans un moment de nécessité.

ART. 273. — L'enfant ne peut jamais faire déclarer son père en faillite pour une créance qu'il a contre lui.

ART. 274. — Dans le concours des créanciers du père, la créance de l'enfant, relativement à la restitution de ses biens, jouit du *privilege* de biens en tutelle.

ART. 276 et 422. — La déclaration de majorité ou émancipation a lieu *avec le consentement du père, par la Direction de la justice*, sur *préavis favorable* de l'autorité tutélaire et du Conseil de district.

ART. 277. — Lorsqu'il y a des motifs qui fassent désirer la *continuation de la tutelle* d'un enfant après la majorité, il doit être nommé un tuteur judiciaire.

ART. 278. — Si le père lui-même est en tutelle judiciaire, la tutelle paternelle lui est retirée tant que dure la tutelle judiciaire, *qui s'étend également sur ses enfants*.

ART. 279. — *La faillite du père suspend* pour lui l'exercice de la tutelle paternelle, ainsi que la jouissance. — On nomme un tuteur aux enfants (art. 317).

ART. 257 et 280. — Si le père ne remplit pas *constamment* ses devoirs, et si les droits et intérêts des enfants sont gravement lésés ou *mis en péril*, l'Administration des tutelles peut s'interposer, prendre les mesures nécessaires, nommer un tuteur extraordinaire, — et même destituer définitivement le père (art. 281). — La décision est prise par le Conseil de district, sur le rapport de la Direction des orphelins, sauf appel du père aux tribunaux (art. 282). — Dans l'intervalle de l'appel, la tutelle est confiée au tribunal. Le délai d'appel est de 6 semaines (art. 283).

La mère survivante n'est pas tutrice (art. 363).

Le père survivant reste tuteur naturel (art. 364). Mais le Conseil communal peut exiger l'inventaire, et en outre une caution.

SECTION IV.

Pays de mundium pur et pays assimilés.

Nous plaçons, dans cette dernière catégorie, les pays d'origine germaine ou slave qui n'ont fait aucun emprunt à Rome, et chez lesquels la puissance paternelle, issue du mundium, présente le caractère d'une institution toute de protection, sous la surveillance des pouvoirs publics. — Notons que, dans plusieurs de ces pays, notamment l'Ecosse et les Etats Scandinaves, cette surveillance appartient, comme dans beaucoup de cantons suisses, aux *autorités administratives locales*, et non aux tribunaux. Cette similitude s'explique par la tendance naturelle qu'on devait avoir, dans tous les pays où l'organisation sociale a gardé ses formes primitives et où les tribunaux sont souvent peu nombreux et éloignés des justiciables, à appeler de préférence ces autorités administratives au secours de l'enfant. Dans les pays, au contraire, où la constitution sociale est plus forte et plus compliquée et où un *pouvoir central* puissant s'est établi, c'est celui-ci qui devait être chargé de ce rôle de protection. Presque partout, en effet, il a dû s'en saisir au début ; puis, le principe de la séparation des pouvoirs s'imposant à lui, le gouvernement s'est déchargé de l'autorité pupillaire entre les mains des *tribunaux* (114)

(114) Sic : Pradines, *op. cit.* p. 163.

Les législations de l'Amérique du Nord se rattachant directement à la législation anglaise, nous les comprendrons dans cette quatrième section.

1^o RUSSIE.

C'est à tort que M. Pradines (115) prétend que la Russie se serait approprié la législation française en matière de puissance paternelle. Le *Svod*, ou Digeste des lois russes (116), publié en 1833 sous l'empereur Nicolas, est un recueil d'usages et de lois dont la plupart sont bien antérieures à la rédaction du Code Napoléon. — S'il existe sur ce point, entre les deux législations, certaines analogies incontestables, elles sont seulement l'effet du hasard, ou plutôt la conséquence de ce fait que l'une et l'autre s'inspirent le plus souvent du droit naturel, et qu'elles ont dû évidemment se rencontrer. — Il y a d'ailleurs de nombreuses divergences, qui se conçoivent aisément dans une matière aussi essentiellement personnelle et nationale que celle de la puissance paternelle.

Seul, le royaume de POLOGNE, dont nous avons déjà parlé (117), se rattache directement au système français par son Code de 1825, presque entièrement reproduit du nôtre.

(115) *Op. cit.* p. 131.

(116) Le *Svod* est le résumé coordonné de plus de 35,000 lois, publiées depuis l'*Oulogénie* de 1649. C'est l'œuvre de dix commissions successives et le travail de plus d'un siècle. Le 5^e livre traite du droit civil, en 2024 articles. Le titre 1^{er} est consacré « aux droits et obligations de famille ». — Une ordonnance impériale du 26 novembre 1882 a ordonné la confection d'un nouveau Code civil.

(117) Voir ci-dessus p. 409.

Il y a d'ailleurs, dans l'empire de Russie, deux autres législations bien distinctes : 1^o celle du duché de FINLANDE, où l'on applique encore le Code suédois de 1734 (118), modifié par la loi sur les Tutelles du 19 décembre 1864 ; 2^o celle des PROVINCES BALTIQUES, régies par le *Code baltique* de 1864 (119), qui se rattache au droit germanique. — Il ne faut pas oublier en outre que le *Svodd* ne s'applique qu'aux nobles et aux bourgeois ; les paysans restent régis par leurs coutumes locales (120).

Nous ne parlerons que du SVODD et du CODE BALTIQUE (121).

SVODD. — Le principe fondamental du code Russe en notre matière, c'est celui d'une *séparation d'intérêts absolue* entre le père et son fils mineur (122).

D'une part, en effet, les parents n'ont *pas l'usufruit* des biens personnels de leurs enfants mineurs (art. 174). De l'autre, ils administrent ces biens plutôt *comme tuteurs*, en se conformant en général aux règles du titre de la Tutelle (art. 226). On leur applique au moins toutes les dispositions de la

(118) Voir ci-dessous, p. 486.

(119) Le *Code Baltique* est une compilation méthodique des neuf droits différents, appliqués auparavant dans les provinces baltiques (voir Lehr, *Journal de droit international privé*, 1877, p. 206).

(120) Les gouvernements de Tchernigoff et Poltava, ainsi que la Caucasic, ont aussi une législation spéciale.

(121) Voir Lehr, *Eléments de droit civil russe*, Paris, 1877, p. 93, 98, 101, 143. — Saint-Joseph, *Concordance*, III, p. 294 et suivantes.

(122) Entre le mari et la femme, la séparation de biens est également le régime légal (art. 115).

Tutelle sur la vente, l'engagement des biens des mineurs, et la reddition de comptes (art. 294).

Ils sont *sous la surveillance de l'autorité*, laquelle est représentée par des Corporations très différentes suivant la classe du mineur, et suivant les régions.

— Si l'enfant est noble, c'est une commission choisie par le corps de la noblesse de la circonscription, et présidée par le maréchal de cette noblesse. S'il s'agit d'enfant d'un membre du clergé inférieur, c'est l'autorité ecclésiastique. Pour les habitants des villes, les ouvriers des fabriques et les Juifs, c'est le Tribunal des orphelins urbains, émanation du Conseil municipal. Enfin dans les communes rurales, c'est l'assemblée municipale.

L'inventaire des biens doit être dressé contradictoirement avec un membre de la corporation. — Un *compte annuel* lui est présenté et est ensuite soumis au tribunal civil (Loi d'organisation judiciaire de 1864). — Pour la *vente des immeubles*, il faut l'autorisation de la corporation, du tribunal civil, et du Sénat (ou de la Préfecture) (art. 277 à 281). — En cas de *contestation* entre père et enfants lors de la reddition de comptes, la question est tranchée par un tribunal spécial, dit *Cour de conscience* (art. 195).

C'est surtout en ce qui concerne *l'indignité et l'incapacité* du père que la loi russe s'est montrée prévoyante. — Il y a indignité et par conséquent déchéance, en cas de condamnation à une peine afflictive et infamante, en cas de déportation (art. 27 du Code pénal), d'excitation à la débauche (art. 1588 du Code pénal), d'abjuration de la religion orthodoxe, enfin *lorsque le père est convaincu d'un vice évident ou qu'il a manifesté par ses actes un caractère rude*. — En cas d'interdiction, de *prodigalité* ou de

faillite, il est également déchû de l'administration des biens. Celle-ci passe à *la mère*, et, à son défaut, à un *tuteur nommé par le conseil de famille* (art. 229-231).

Après la majorité des enfants, les droits des parents varient suivant que les enfants sont *otdielennyé* ou *nootdielennyé*, c'est-à-dire séparés ou non séparés (art. 181). — Sont réputés séparés de biens, ceux qui ont des biens personnels, ou ont reçu un avancement d'hoirie de leurs parents (art. 182). Ils peuvent disposer librement de ces biens et ont une existence indépendante de celle du père. — Quant aux enfants non séparés, ils sont encore soumis à la puissance paternelle, et ne peuvent agir qu'avec l'autorisation paternelle (art. 183 à 188).

CODE BALTIQUE. — Le Code Baltique, qui régit les provinces allemandes de la partie occidentale de l'empire russe, s'inspire en général des principes des législations germaniques.

Le père et la mère sont investis *ensemble* (*gemeinschaftlich*) du droit de puissance paternelle. Sans doute, s'ils sont d'avis différents, l'opinion du père l'emporte ; mais si la mère est convaincue que la volonté du père est de nature à préjudicier aux enfants, *elle peut intervenir auprès du juge* pour la faire redresser. Le juge peut même conférer *exclusivement* à la mère les droits de la puissance paternelle.

Les parents, ou le *survivant* d'entr'eux, ont non seulement l'*administration*, mais l'*usufruit* des biens de leurs enfants *pendant la minorité*, sauf en ce qui concerne les biens correspondant aux pécules castrans ou quasi-castrans de Rome, et en outre les biens légués sous condition que les parents n'en au-

ront pas l'administration et la jouissance. Pour tous ces biens exclus, les enfants sont *assimilés à des orphelins* (art. 215, 218, 229).

En leur qualité d'administrateurs, les parents ont tous les droits et obligations des *tuteurs*, hormis l'obligation de rendre des comptes (art. 277 et 282). — Ils ne peuvent pas, notamment, aliéner sans l'autorisation du *tribunal pupillaire*; et si le prix est de plus de 300 roubles, il faut en outre celle du *tribunal civil*. Ces autorisations sont même exigées pour des actes d'une gravité moindre, comme l'achat d'immeubles, et l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire (art. 398). — Le tribunal pupillaire est organisé comme en Allemagne. Il peut exiger qu'on lui remette les titres de créances, rentes, et objets précieux.

En cas de mauvaise gestion, l'administration est enlevée aux parents; mais ils conservent l'usufruit (art. 216, 217, 219).

Les enfants sont autorisés à faire avec leurs parents toute espèce d'opérations licites, sous la réserve de l'homologation du tribunal pupillaire (art. 408).

2° PAYS SCANDINAVES.

La Scandinavie est le pays où se sont le mieux conservées les mœurs et les institutions de la Germanie primitive. Elles n'ont pas eu à subir ici comme dans les lois allemandes en général, le contact et les influences étrangères. Les Codes qui régissent la Scandinavie, les plus anciens de tous ceux qui gouvernent actuellement l'Europe, sont encore profondément empreints des plus pures traditions germa-

niques. La tutelle des mineurs même non orphelins y est essentiellement une affaire d'état.

1° SUÈDE (123). — D'après le Code civil suédois de 1734 (livre II, chap. 20), le père est le *tuteur* de ses enfants (art. 1), et comme tel tenu de faire inventaire (chap. 22, art. 1), d'obtenir le consentement des proches parents et de l'autorité tutélaire, pour vendre ou hypothéquer les immeubles (chap. 22, art. 3, et loi du 29 avril 1756), enfin de présenter un compte tous les trois ans (chap. 23, art. 1), et même tous les ans, si on l'exige. — Toute ville, paroisse ou district, a le droit de nommer des *prud'hommes*, chargés de surveiller l'administration des biens des mineurs. — Sur le rapport des parents ou des prud'hommes, le père peut être destitué de l'administration (loi du 19 mai 1845).

2° NORVÈGE. — Le Code de Christian V de 1683-1687, qui est commun à la Norvège et au Danemark, ne dit rien de spécial sur la puissance paternelle. Il s'en réfère à la tradition. — Il a été complété en partie, sur ce point, par des lois et ordonnances de 1818, 1845 et 1869.

Le père est qualifié de *tutor legitimus*. L'autorité pupillaire est constituée avec des pouvoirs très étendus mais assez vagues, de telle sorte qu'elle puise dans sa mission générale le droit de suppléer à tous les abus et défaillances de la puissance pater-

(123) Saint-Joseph, III, p. 318. — West, *Exposé de la législation de la Suède* (Revue de droit français et étranger, I, p. 530). — Sparre, *Aperçu de la législation civile de la Suède*. (Même revue, t. XIV, p. 662-732). — Gide, *la Femme*, p. 250 et suivantes.

nelle. *Le père n'a même pas la gestion des capitaux.* Ils doivent être remis à une personne désignée, qui en devient dépositaire, et le père ne doit jamais dépasser les revenus de son fils pour subvenir à son éducation.

Quant aux biens dépendant de la communauté après le décès de la mère ou du père, le conjoint survivant peut se refuser à tout partage, et *continuer avec ses enfants la communauté de biens jusqu'à la majorité* (loi du 30 juil. 1857).

L'autorité pupillaire appartient à une commission de bourgeois sous la haute surveillance du gouvernement.

Tout enfant qui gagne sa vie est de droit émancipé (124).

Depuis 1869 la majorité est fixée à 21 ans.

3° DANEMARK. — Les ordonnances de 1754, 1791, 1814, 1827, et 1849 ont suppléé à l'insuffisance du Code Christian. — L'administration des biens du mineur n'est point confiée au père tuteur d'une façon directe ; *elle appartient immédiatement aux Overformynden, ou Grands tuteurs*, hommes de confiance choisis par le préfet pour gérer la tutelle de tous les mineurs d'une ville, faire les inventaires, liquidations, placements de capitaux, etc.. — Le préfet détermine quelle est la somme à prendre sur les revenus personnels du mineur pour être remise au père et servir à son éducation. — Les Grands tuteurs peuvent d'ailleurs confier au père l'admi-

(124) Notamment le marin. — L'autorité sur la personne de l'enfant est également très restreinte ; l'enfant n'a pas besoin du consentement de ses parents pour se marier.

nistration de tel bien en particulier à charge de présenter un compte annuel. — L'autorité supérieure appartient au ministre de la justice.

3° GRANDE BRETAGNE (125).

1° ANGLETERRE. — L'étude de la législation anglaise présente une grande importance, soit à raison de l'étendue des territoires qu'elle régit, soit à raison de l'intérêt qui s'attache aux lois d'un pays où la famille est si profondément respectée. Les règles de la puissance paternelle en vigueur de l'autre côté du détroit, contiennent-elles le secret de la force d'expansion de la race anglaise ? — L'étude du droit anglais et du droit écossais (car la législation n'est pas la même dans les deux pays), ne permet pas de répondre d'une façon bien affirmative.

L'ensemble des règles suivies soit en Angleterre, soit en Ecosse, et qui nulle part n'ont été codifiées, rattache le droit anglais à la tradition germanique et surtout à la tradition féodale, bien plus qu'à la tradition romaine. L'esprit du droit anglais est même le plus souvent en opposition manifeste avec l'esprit de Rome. — La base de la famille n'y repose pas sur la puissance paternelle, mais sur le mariage. L'autorité du père, bien que très respectée dans les mœurs, est avant tout une protection, une tutelle.

(125) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*; 10^e édition, I, p. 453 et suiv. — Saint-Joseph, II, p. 227 et suiv. — Sweet, *Law dictionary*, v^o, *Father*; (Londres, 1882). — Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, tome VI, p. 211 à 234 (Paris, 1883). — Lehr, *Eléments du droit civil Anglais*, p. 31 et suiv. (Paris, 1884). — Pradines, *op. cit.*, p. 168 à 174. — Taine, *Notes sur l'Angleterre*, passim. — Gide, *La femme*, p. 269 et suiv.

— La *Common law*, consignée dans les *Reports* ou Collections de décisions de jurisprudence, est au fond le résultat de la fusion insensible des coutumes danoise, saxonne et normande qui toutes se rattachent à l'idée du *mundium*. Quant aux *Statuts* généraux ou locaux qui forment la seconde source de la législation anglaise, le petit nombre d'entre eux qui touchent à notre matière sont tous inspirés par l'idée de protection de l'enfant. — Alors que, dans le sein de la famille, la personnalité de la femme et ses biens mêmes étaient encore complètement absorbés par le mari (126), les enfants ont toujours vu leurs personnes, leurs biens et leurs droits garantis contre l'omnipotence du chef de famille. — Si l'autorité paternelle, en droit moins étendue qu'en France, est néanmoins plus puissante en fait et plus respectée, cela tient avant tout à l'esprit du peuple anglais qui comprend bien mieux que nous la nécessité du principe d'obéissance; cela tient ensuite à la liberté testamentaire absolue qui permet au père de sévir contre ses enfants en les privant de sa succession (127).

(126) Les actes de 1870, 1874, et 1882 sont venus rendre à la femme mariée sa personnalité, sa capacité et la propriété de ses biens. L'usage avait déjà remédié à cet état de chose par l'établissement de fidécommis (*trustees*). — V. Glasson, VI, p. 193 et suiv.

(127) La *common law* va si loin sur ce point qu'elle n'impose même pas aux parents l'obligation alimentaire. Il a fallu que la jurisprudence y suppléât en argumentant de certaines dispositions du *statut des pauvres*. — Voir, en ce qui concerne les divers droits du père sur la *personne* de l'enfant, les bills de 1866, 1870, 1873, 1876 et 1880, sur l'instruction des enfants, le bill de 1873, qui permet de confier l'enfant exclusivement à la mère; l'acte de 1878, sur le travail des per-

Le père, (et à son défaut la mère), est tuteur des biens de ses enfants, et à ce titre il n'a pas en général plus de droits qu'un tuteur ordinaire. — *Il n'a pas la jouissance légale* et ne perçoit les revenus qu'à charge de rendre compte du tout à la majorité (127 bis). — Il ne peut même pas mettre à la charge de l'enfant les dépenses qu'il lui coûte pour son entretien, à moins que ses ressources personnelles ne soient insuffisantes, ou qu'il ne s'agisse de dépenses extraordinairement considérables ; et encore, dans ces deux cas, il doit se faire décharger par justice. Il en est autrement de la mère. — En revanche, il a droit aux bénéfices résultant du travail de ses enfants, et aux gains qu'ils réalisent, toutes les fois qu'ils vivent avec lui et à sa charge.

Le père peut *déléguer* ses pouvoirs de tutelle, ou gardiennage, à la personne qu'il juge digne de les exercer, mais sous sa propre responsabilité. Il le peut, soit pendant sa vie, soit après sa mort. Le tuteur testamentaire exclut la mère. — D'autre part, il est permis de donner un bien à un enfant *sous la condition que le père n'en aura pas l'administration* ; un tuteur judiciaire spécial est nommé alors pour ce bien. — Enfin le Lord Chancelier, au nom du roi, chef de toutes les familles, a la faculté de déléguer

sonnes employées dans l'industrie, etc... En faisant la police de la rue, de l'école ou de l'usine, le législateur anglais est arrivé en fait à subordonner au droit social le droit naturel du père de famille, chaque fois que l'intérêt de l'enfant le commande.

(127 bis) C'est là une dérivation du droit normand, qui reconnaissait le droit de *garde* au profit du seigneur féodal à l'exclusion des parents. Le droit anglais a beaucoup emprunté à la coutume de Normandie.

à un étranger les pouvoirs que le père se montrerait *indigne* de conserver.

Comme tuteur, *le père a en général les mêmes droits et obligations que les tuteurs judiciaires* (128).

— Il peut louer les biens pour la durée de la tutelle, ou les exploiter lui-même. Il peut faire pour le compte du mineur toutes sortes d'acquisitions; mais lorsqu'il s'agit de biens *réels* (129), il lui faut l'autorisation de justice, et ces biens conservent le caractère de biens *personnels* sous le rapport de l'ordre des successions. Il agit d'ailleurs en son nom propre et non pas au nom du mineur (diff. avec le tuteur judiciaire).

Il ne peut changer la nature des biens, convertir des biens réels en biens personnels, ou réciproquement (sauf avantage évident dans ce second cas), aliéner les biens réels ou les hypothéquer. — Il ne doit transiger sur les droits de créance qu'autant qu'il y a absolue nécessité et que le débiteur est insolvable. — Quant au partage, alors même qu'il y a eu autorisation de justice, le mineur peut après sa majorité soutenir que ses droits ont été sacrifiés. Pour éviter cet inconvénient, qui rendait l'indivision

(128) Les tuteurs *naturels*, c'est-à-dire les ascendants autres que le père et mère, ont des pouvoirs moins étendus que le père, mère, tuteurs testamentaires et judiciaires.

(129) La propriété anglaise est encore profondément empreinte du *caractère féodal*. Les biens *réels* sont les fiefs, ou immeubles qu'on possède à perpétuité ou pour la vie. Les biens *personnels* ou *chettels* comprennent : 1° les choses mobilières; 2° les droits de jouissance sur les immeubles pendant un temps déterminé, quelque long qu'il soit, fût-il de mille ans. Les chettels sont dits personnels dans le premier cas, et réels dans le second.

presque forcée, des actes du Parlement (13, 14, 15 et 16 *Victoria*) ont décidé que la Cour de Chancellerie, (aujourd'hui la Haute-Cour depuis l'acte sur l'organisation judiciaire du 5 août 1873) peut dans certains cas nommer un tuteur *ad hoc* qui agit au nom du mineur à titre définitif.

Le père n'a pas ordinairement la gestion des valeurs mobilières; *elles restent entre les mains de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur légal de la personne décédée*. C'est ce dernier qui les vend, les place ou les garde en sa possession, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint sa majorité. Il peut également les verser simplement à la Banque d'Angleterre, en avertissant le *paymaster general*, qui consacrera les fonds à l'achat de consolidés. — En ce qui concerne les revenus des biens administrés par le père, ils doivent être employés en valeurs garanties par l'État, ou en prêts hypothécaires. — Pour l'exercice des actions en justice, la Cour nomme en général un tuteur *ad litem* (*prochain amy*).

Le père ne doit rendre compte en principe qu'à la majorité; mais sur la demande d'un proche parent, il peut être tenu de le faire pendant le cours de la tutelle. En fait même, il demande souvent à la Haute Cour de l'autoriser à lui présenter un compte annuel; il se place ainsi sous la direction et garantie de la justice et diminue d'autant sa propre responsabilité. — A la majorité, la loi ne prend aucune précaution pour garantir le mineur contre les entraînements possibles. Il peut dispenser son père de tout compte, transiger même avant de l'avoir reçu, sauf à faire annuler la transaction s'il y a fraude. — L'action en reddition se prescrit par 60 ans.

Le mineur a d'ailleurs contre les tiers la garantie résultant de la suspension de prescription.

Il n'existe pas en Angleterre d'institution correspondant à l'émancipation du droit français, ou à la déclaration anticipée de majorité du droit germanique et suisse.

En principe le mineur est incapable d'aliéner, d'acquérir ou de s'obliger par lui-même. — Pourtant, avec l'autorisation de la Haute Cour, il peut aliéner et acquérir par l'intermédiaire de fidéicommissaires, et même faire valablement des donations de biens réels ou personnels en faveur du mariage. S'il possède dans son patrimoine un droit de présentation à un bénéfice devenu vacant, il peut l'exercer en personne. — Jusqu'en 1874, le mineur pouvait couvrir la nullité des contrats passés par lui, en les ratifiant expressément ou tacitement après sa majorité. L'acte du 7 août 1874, déclare que désormais tout engagement souscrit par lui, tout compte passé avec lui, est *absolument nul*. Toute action est refusée au créancier, alors même que la ratification aurait été déterminée par une cause survenue depuis la majorité (130).

La défense d'aliéner ou de modifier les immeubles s'explique par ce fait que non seulement on pourrait affecter ainsi les droits du mineur, mais encore les droits de ses successeurs éventuels. La législation anglaise en matière immobilière est encore complètement féodale; la plupart des biens possédés par les enfants sont des biens substitués ou assimilés.

A cet égard deux lois récentes de 1881 et 1882 sont venues encore restreindre la sphère d'action du père.

(130) Voir *Journal de droit international privé*, VI, p. 569.

L'acte du 22 août 1881 (131), sur la propriété immobilière, déclare dans sa section IX (art. 41), que si le titulaire d'un droit de propriété, de fief simple ou de fermage, est un mineur, la terre sera considérée comme bien *settled*, d'après le *Settled Estates Act* du 28 juin 1877 (132). S'ils n'ont pas le caractère de biens substitués en vertu de l'acte d'acquisition, la loi nouvelle le leur donne, et elle détermine d'une façon générale comment ils seront administrés. L'administration est confiée aux fiduciaires (*Trustees*), désignés par le testament, sinon par justice. — On voit que si le père n'est pas désigné comme fiduciaire, il est désormais privé de l'administration des immeubles.

La loi du 10 août 1882, sur l'administration et l'amélioration des biens grevés de substitution (133), répète dans ses articles 59 et 60, que « tout im-
« meuble qui advient à un mineur dans des condi-
« tions où un majeur en aurait la libre possession,
« est considéré vis-à-vis du mineur comme bien
« substitué. Les pouvoirs déterminés par la présente
« loi sont exercés dans l'intérêt du mineur, par des
« curateurs à la substitution. »

(131) *Annuaire*, 1882, p. 39.

(132) *Annuaire* 1878, p. 9 et 10. — Sous la dénomination générale de *settlement*, on comprend tous actes législatifs, judiciaires, contractuels ou testamentaires, portant disposition d'un droit immobilier quelconque, et en vertu duquel la transmission héréditaire de ce droit est limitée à certaines personnes, ou réservée à certaines personnes déterminées.

(133) *Annuaire*, 1883, p. 63. La législation des substitutions avait déjà été améliorée par les lois de 1858, 1874, 1876, et 1877. — Voir dans le Bulletin de la Société de législation comparée (mai 1878), une étude de M. Payen, *sur la propriété immobilière en Angleterre*.

ECOSSE. — Tandis que l'Irlande et le pays de Galles sont soumis aux mêmes lois que l'Angleterre proprement dite, l'Ecosse a conservé ses coutumes et ses lois nationales. — Bien que les lois écossaises contiennent souvent de nombreux emprunts à Rome (134), elles se sont écartées absolument de la *patria potestas*. La puissance paternelle est une véritable tutelle exercée au nom de la cité. Sous le nom d'administrateur de la personne et des biens de ses enfants, le père remplit *jusqu'à la puberté* les fonctions de *tuteur*, et, *de la puberté à la majorité*, celles encore plus limitées de simple *curateur*. L'enfant pubère n'est même pas tenu de résider et travailler avec son père. La puissance paternelle est complètement annulée si l'enfant entreprend un commerce pour son compte, ou embrasse une carrière indépendante.

Bien que le parlement ait le droit de faire des lois applicables à toute la Grande-Bretagne, il a été déclaré que les lois de 1877 et 1882 sur les substitutions étaient inapplicables à l'Ecosse, à raison du régime tout particulièrement compliqué de la propriété immobilière écossaise.

Les *Iles Normandes* et l'*Ile de Man*, sont encore régies par l'ancienne coutume de Normandie.

COLONIES ANGLAISES. — Les colonies anglaises ne sont pas toutes gouvernées par la législation de la métropole. Dans la plupart des colonies d'établissement (*occupied colonies*), la *Loi commune* est en vigueur ; mais la *Loi statutaire* doit y être expressé-

(134) Voir, *Revue de droit international privé*, 1869, p. 220.

ment promulguée, et les actes récents qui touchent à notre matière ne l'ont pas été (sauf dans l'Inde). — Quelques-unes des colonies conquises (*ceded colonies*), ont conservé leurs lois antérieures. — D'autres enfin ont rédigé des Codes spéciaux.

C'est ainsi, par exemple, que l'île de Malte, qui était restée soumise à la législation romaine du Code de Rohan de 1784, a depuis 1874 un Code nouveau. — L'île Maurice est encore régie par le Code Napoléon (135) qui n'a pas été modifié en notre matière. — Les lois du Cap de Bonne-Espérance et de Natal reposent sur les principes du droit romain, amendés dans un sens plus libéral. — Enfin le Bas-Canada, qui jusqu'en 1865 avait conservé les règles de l'ancienne coutume de Paris, est aujourd'hui soumis à un nouveau Code, mélange assez curieux de la coutume de Paris, du Code de 1804 et des lois anglaises (136).

4^e ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE (137)

Sauf la Louisiane dont nous avons déjà parlé (138), la législation des divers États de l'Union américaine, se rattache par son origine et par ses principes à la législation anglaise. — Mais le peuple américain, à l'inverse du peuple anglais, est le moins

(135) Voir *Annuaire*, 1880, p. 959, et 1881, p. 906.

(136) Voir de Valroger : le Nouveau Code civil du Bas-Canada (*Revue pratique*, XXV, p. 505). — Voir aussi *Revue critique de Législation*, XXXI, p. 367.

(137) Kent, *Commentaries on American Laws*, twelfth. edition, Boston, 1873, II p. 190 à 245. — Timothée Walker, *Introduction to American Laws*, Boston, 1869, p. 240 et suiv.

(138) Voir ci-dessus, p. 420.

traditionnel du monde. Aussi a-t-il su dégager presque complètement ses lois de leur caractère féodal originaire. D'autre part, il a réduit la *puissance* paternelle à son strict *minimum*, et « il lui a enlevé tout ce qu'elle pouvait avoir d'austère, de conventionnel et de légal » (139).

Comme tuteur naturel (*Guardian by nature*), le père a l'administration de la *personne* de ses enfants mineurs ; mais il n'a pas en général l'administration légale de leurs *biens* (140). Il est même curieux de remarquer, que le père en mourant peut donner à ses enfants un tuteur testamentaire ayant à la fois pouvoir sur leurs personnes et sur leurs biens, alors que lui-même pendant sa vie est seulement chargé de leur entretien et de leur éducation (141). — Pourtant dans l'État de New-York, d'après le Statut révisé de 1830 (142), le père et, à son défaut, la

(139) Accolas, *Code civil*, I p. 387.

(140) Sauf pour les biens acquis par un travail commun ; il en a même l'usufruit.

(141) Malgré le silence de la *Common Law* sur les devoirs du père, et en dépit du principe américain de non intervention de l'État dans les affaires domestiques, la jurisprudence des Cours, et à sa suite les *Statuts révisés* d'un grand nombre d'États, ont imposé au père l'obligation légale d'entretenir, instruire et élever ses enfants. On admet aujourd'hui que la Cour de Chancellerie peut le priver de la garde pour la confier à un tiers. — A la mort du père, et à défaut de tuteur testamentaire, ses droits et devoirs passent à cet égard à la mère. Celle-ci peut même, dans certains États, nommer un tuteur testamentaire (voir, notamment, l'acte 128 de Massachussets, 1877 ; *Annuaire*, 78, p. 795). — L'obligation alimentaire des enfants vis-à-vis des parents n'existe que dans l'État de New-York. En revanche, la liberté testamentaire est absolue.

(142) Il existe fort peu d'États ayant un véritable *Code civil* (Voir pourtant la Californie, 1872, et le Dacotah, 1877). Presque

mère exercent sur les immeubles de leurs enfants tous les droits de l'ancien *Tuteur en Socage* (143). — Sauf cette exception (et sauf l'hypothèse du tuteur testamentaire), on peut dire que tous les biens des mineurs, après comme avant le décès des père ou mère, sont régis par des tuteurs désignés par la justice (*Chancery guardians*). Le père peut d'ailleurs, comme tout autre, être choisi par la Cour de chancellerie. — Lorsque le mineur est pubère (14 et 12 ans), il peut même se choisir personnellement son tuteur, sauf approbation de la Cour (144).

Le père tuteur est donc toujours un tuteur datif, nommé et révoqué par la justice, ou même par ses enfants. Il est en principe (145) soumis à toutes les obligations des tuteurs ordinaires. — Il doit donc donner au début de sa gestion des garanties suivant l'appréciation de la Cour. C'est sous la surveillance de la Cour qu'il touche les revenus et fait les baux des *biens réels* (*real estates*). Quant à la vente de ces mêmes biens, elle n'est autorisée qu'en cas de nécessité ou d'avantage évident, et par l'intermédiaire d'un tuteur *ad hoc* désigné par la Cour. Il en est de même des actions en justice y relatives, qui sont dirigées par un tuteur *ad litem*. — En ce qui concerne les *biens*

tous ont simplement un Digeste, ou *Consolidation* de lois révisées et classées alphabétiquement. Le projet de Code civil de New-York, présenté en 1875, n'a pas pu aboutir.

(143) La *tutelle en socage*, aujourd'hui tombée en désuétude, appartenait, de droit, d'après la *Common law*, au parent du côté opposé à celui d'où venaient les biens.

(144) Seule la tutelle testamentaire subsiste après la puberté, et, pour les filles, même après leur mariage en minorité.

(145) Voir l'acte du 10 avril 1872, pour l'Illinois (*Annuaire*, 1873, p. 84.)

personnels (*personal estates*), le père, comme tout tuteur, peut les vendre sous sa propre responsabilité. Il peut les transformer en biens réels même sans autorisation ; mais, à sa majorité, l'enfant a le droit de réclamer à son choix l'immeuble ou l'argent. Si le père a négligé de placer les capitaux, on peut exiger de lui le paiement des intérêts composés. — Il est tenu de présenter tous les deux ans ses comptes à l'approbation de la Cour, après avis rendu public du jour de la reddition, afin que chacun puisse appeler sur tel ou tel point l'attention de la Cour. Le mineur n'a en général que deux années après sa majorité pour réclamer le compte définitif (146).

La majorité est fixée presque partout à 21 ans. Les actes faits par l'enfant mineur sont nuls de droit, ou annulables, suivant certaines distinctions très controversées (Kent, II, p. 234 à 249).

SECTION V.

Etats non civilisés.

Si nous entreprenions d'étudier les lois et coutumes des divers peuples qui sont encore en dehors du courant de la civilisation, nous pourrions voir appliqués à la fois, sur divers points du globe, tous les systèmes d'organisation de la famille qui ont mar-

(146) Il y a d'ailleurs sur tous ces points certaines variations suivant les États. — Le mineur qui a des biens dans plusieurs États, a en général, dans chacun d'eux, un tuteur spécial nommé par la Cour suprême du lieu, et chargé de régir les immeubles suivant la loi du pays.

qué les différentes étapes du progrès en notre matière. — A côté de certaines peuplades sauvages où la famille est à peine organisée, nous en rencontrons d'autres qui en sont encore à la vie patriarcale ; dans les législations de l'Inde et de la Chine, nous retrouverions de profondes analogies avec le droit primitif de Rome : les enfants et la femme considérés comme la propriété du père, ne pouvant rien posséder par eux-mêmes, et servant simplement d'instrument d'acquisition pour celui dont ils dépendent (147).

Mais nous laisserons de côté tous ces peuples dont la vie et la civilisation n'ont aucun rapport avec la nôtre, et sur lesquels nous n'avons d'ailleurs que des renseignements peu précis. — Seule la LÉGISLATION MUSULMANE mérite qu'on s'y arrête un instant, soit à raison des nombreux pays du bassin de la Méditerranée qu'elle régit encore aujourd'hui, soit surtout à raison de son application quotidienne dans nos colonies d'Algérie et de Tunisie.

Le père MUSULMAN (148) est *le plus éminent des*

(147) Lois de Manou, V, 148; VIII, 416. — Yagnavalkya, II, 175. — Voir la *Chine et les Chinois*, Revue des deux mondes, juin 1884. — *La puissance paternelle en Chine*, par M. Schorzer, interprète à l'ambassade de France en Chine. (Compte rendu dans le *Bulletin* de 1879, p. 284). — Le chef de famille chinois a sur les siens un pouvoir absolu, analogue à celui du chef de l'Etat sur ses sujets. Les peines les plus sévères sont infligées à quiconque tenterait un établissement particulier et indépendant de ses parents. — Le projet du Code civil du Japon rédigé par M. Boissonade ne traite pas du Droit des personnes, ou du moins le livre I, qui y sera consacré, est provisoirement laissé de côté.

(148) Voir le cours de M. Zeys, conseiller à la Cour d'Alger, sur les *Coutumes indigènes*; Alger, 1885. — Voir aussi au *Bulle-*

tuteurs, pendant le mariage et après sa dissolution. Comme tel il exerce sur ses enfants une double tutelle, la tutelle *somatique* (sur la personne), et la tutelle *chrématique* (sur les biens).

Depuis sa naissance jusqu'à la puberté, l'enfant *mâle* est en outre soumis à la *hadana* (action de couvrir) de la mère.

L'impubère est un véritable interdit, mais *en parole* seulement, non *en acte*; c'est-à-dire qu'il est incapable de contracter, car pour cela il faut parler; mais qu'il est responsable de ses actes lorsqu'il commet un crime ou un délit. Les tutelles somatique et chrématique l'empêchent de disposer de sa personne et de ses biens.

La tutelle somatique qui s'exerce soit par le père, soit par le tuteur testamentaire, se traduit surtout par la contrainte matrimoniale, suivant certaines distinctions.

La tutelle chrématique est exercée par le père, par le tuteur testamentaire, par le tuteur judiciaire. L'enfant dispose-t-il de ses biens à *titre onéreux*, le

tin de la Société de Législation comparée (1873, p. 236), le rapport sur le traité de MM. Santayra et Charboneau. — On sait que les Etats barbaresques sont soumis au rite *Malékite*, lequel diffère fort peu en notre matière du rite *Hanéfite*. Ce dernier régit la Turquie et l'Egypte. Le *Code civil ottoman*, dont la promulgation a commencé en 1869, ne s'occupe pas du droit des personnes. Quant au *Code civil égyptien*, rédigé pour les tribunaux mixtes en 1876, il ne traite pas non plus les questions de statut personnel, lesquelles rentrent dans la compétence du juge de ce statut (art. 4 du titre préliminaire). Il a paru toutefois en 1879, à Alexandrie, une édition quasi officielle du droit musulman en Egypte, sous le titre : *Du Statut personnel et des Successions*. — Voir aussi Roguet, *Législation des Musulmans*, (Revue Pratique, IV, p. 63, 120 et 220.)

tuteur rompt ou maintient l'engagement en s'inspirant de l'intérêt bien entendu de l'enfant. — Dispose-t-il *à titre gratuit*, le tuteur provoque l'annulation du contrat, sauf le cas où l'enfant, prisonnier de guerre, emploie tout ou partie de ses biens, à racheter sa liberté ; ce qui n'est pas à proprement parler une simple libéralité. — Lorsque le tuteur ignore l'engagement pris, ou demeure passif, l'impubère, à la sortie de son interdiction, peut rompre ou maintenir le contrat, alors même qu'il en aurait tiré avantage (149).

Le testament de l'impubère est valable lorsqu'il est exempt de toute incohérence.

La tutelle *somatique* cesse avec la puberté, laquelle résulte soit de l'âge (18 ans), soit de *l'habitus corporis*.

L'impubère est affranchi de la tutelle *chrématique* par la *puberté jointe à la capacité intellectuelle*, laquelle est constatée en général par la mainlevée de l'interdiction donnée par le père ou le tuteur. L'enfant peut provoquer lui-même la mainlevée en s'adressant au Cadi. Dès lors il est sui juris (*rachid*).

Quant à l'enfant du sexe *féminin*, elle demeure sous la *hadana*, jusqu'à la consommation du mariage. La puberté n'a donc qu'une influence indirecte sur sa situation légale. — C'est la consommation du mariage qui l'affranchit également de la tutelle somati-

(149) D'après l'interprétation donnée par la jurisprudence aux art. 442 et 456 du statut personnel musulman du Caire, le père musulman peut faire le commerce avec les deniers du mineur, employer ces deniers en achats de marchandises ou en commandites, mais non exercer directement le commerce *au nom* du mineur ; ce qui pourrait compromettre non seulement les fonds exposés, mais la fortune totale du mineur. (Arrêt du Caire, 22 janvier 1877, *Journal Glunet*, 1878, p. 188.)

que. — Chrématiquement, elle n'est affranchie même après le mariage, que sur la déclaration de deux témoins attestant sa capacité intellectuelle, et par la mainlevée de l'interdiction accordée par le tuteur. S'il n'y a pas de tuteur, un séjour d'un an au domicile de son mari emporte affranchissement chrématique.

Le Cadi est le tuteur légal de ceux qui n'ont ni père ni tuteur testamentaire. Il délègue ses fonctions à un protecteur choisi même en dehors de la famille.

APPENDICE.

L'ADMINISTRATION LÉGALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. (1)

Nous avons étudié l'administration légale, d'une part dans la loi française, d'autre part dans les lois étrangères. Il importe de voir maintenant quel sera le sort de cette administration, dans le cas d'un conflit entre la loi française et la loi étrangère. — L'article 389 est-il applicable à tous les mineurs qui habitent le territoire ? S'applique-t-il aux étrangers comme aux Français ? S'applique-t-il aux biens que des mineurs français possèdent en pays étranger ? Faut-il tenir compte de la nature des biens, meubles ou immeubles ? N'y a-t-il pas, au point de vue des formalités, certaines distinctions à faire ? Sur tous ces points, la doctrine et la jurisprudence française et étrangère présentent certaines divergences (2).

Nous croyons fermement que le statut de l'administration légale, comme celui de la puissance paternelle, est un *statut personnel*. — Il s'agit d'une protection établie dans l'intérêt de mineurs, c'est-à-dire d'*incapables* ; or il est de principe, en droit international privé, que la capacité, comme l'état, doit être

(1) Laurent, *Droit civil international*, III, p. 540 à 544 ; VI, p. 1-50 et 207-224. — Pasquale Fiore, *Droit international privé*, traduction de M. Pradier Fodéré, p. 276 et 286. — Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 161. — Story, *Conflict of Laws*, p. 577. — *Journal de droit international* de Clunet, passim.

(2) La question était déjà très discutée dans l'ancien droit. Voir ci-dessus p. 193.

déterminée par la loi de la personne. — L'administration légale est un attribut de la puissance paternelle qui rentre dans le *droit de famille*, lequel doit être évidemment régi par la loi nationale. — Sans doute le droit du père sur les biens a quelque chose de réel; mais c'est une dépendance de son autorité sur la personne, et l'accessoire doit être gouverné par les mêmes règles que le principal (3). — Puis le pouvoir que le père a sur les biens n'est pas seulement un droit, mais une charge, un *devoir*; or il est impossible de dire que le devoir dépend de la situation des biens; il a son siège dans la conscience, et celle-ci ne varie pas avec le changement de territoire. Le Français ou l'Anglais doivent avoir le droit de remplir partout également leur devoir, tel qu'il leur est tracé par la loi française ou anglaise.

Le principe que nous venons de poser peut donner lieu à certaines réserves, en matière de puissance paternelle sur la *personne* de l'enfant; c'est lorsque la loi étrangère se trouve en contradiction avec une loi nationale d'ordre public (4). Ainsi le père français n'a pas en Italie le droit de faire emprisonner son fils conformément à notre art. 376. Car ce serait violer une loi de police et de sûreté italienne; et les lois de police et de sûreté d'un pays obligent tous ceux qui habitent le territoire. — Mais il en est tout autre-

(3) Ceci s'applique notamment à l'usufruit légal que certaines législations (Autriche, Russie, Angleterre, Amérique) refusent au père. Nous croyons que le père français aura l'usufruit des biens de ses enfants situés en Angleterre, et que réciproquement le père anglais n'aura pas en France l'usufruit de l'art. 384. — Voir la Note sous l'arrêt de cassation du 14 mars 1877 (Sir. 78, 1. 25).

(4) Voir Paris, 2 août 1872.

ment en matière d'administration *des biens*. Qu'importe à la société italienne que le père français ou hollandais ait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner un bien de mineur ? Y a-t-il un intérêt social en France, à ce que l'aliénation des biens d'un mineur allemand soit autorisée par un conseil de famille ou un tribunal civil, au lieu de l'être par un tribunal pupillaire ? — C'est au législateur de chaque pays de voir quelle est la protection nécessaire aux incapables qu'il est chargé de protéger. Qu'il règle la condition des familles qui sont sous sa dépendance, et pour lesquelles il a charge d'âmes ! Mais il ne saurait émettre la prétention de régenter des familles qui appartiennent à une autre race. La société n'a pas en cette matière un droit essentiel à opposer à l'application de la loi étrangère.

Mais ne faut-il pas pourtant distinguer, comme le faisaient beaucoup de nos anciens statutaires, entre les meubles et les immeubles ? L'art. 3 § 2, du Code civil déclare que les immeubles même possédés par des étrangers sont régis par la loi française. N'est-ce pas dire implicitement que le père ou le tuteur étranger est soumis à la loi territoriale, quand il s'agit d'administrer ou d'aliéner les immeubles du mineur ?

L'objection n'est pas convaincante. L'art. 3 § 2 ne doit pas être entendu dans un sens aussi absolu. Il signifie seulement que l'organisation générale de la propriété immobilière est réglée par la loi territoriale. Il ne veut pas dire que, toutes les fois qu'un droit immobilier est en question, on doive appliquer aux propriétaires étrangers la loi française. Le § 2 doit être rapproché du § 3 du même article, qui pose en règle que les questions de capacité sont régies par la

loi nationale. Ce dernier principe est général ; il doit s'appliquer, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. Comment, en effet, pourrait-on apprécier différemment le degré de protection dû au mineur, suivant qu'il s'agit des uns ou des autres ? Les lois sur la capacité ne sont pas faites en vue des choses et des biens, mais en considération des mœurs et des personnes. La loi sur la vente des immeubles des mineurs prescrit certaines garanties. Est-ce parce qu'il s'agit d'immeubles ? Point. C'est parce que ces immeubles appartiennent à des incapables. Le caractère immobilier des biens, ne doit donc pas être pris en considération. — Nous verrons plus loin si le principe posé est applicable aux *formes*, et dans quelles limites.

La doctrine de la *personnalité* paraît aujourd'hui incontestable ; néanmoins, le système de la *réalité* se maintient encore intact dans certaines législations, et notamment dans le droit anglo-américain. La *Common law* est une véritable loi féodale, qui refuse de reconnaître les pouvoirs de l'étranger administrateur de biens situés en Angleterre ou en Amérique (5). — Dans chacun des 36 Etats de l'Union américaine, tout mineur propriétaire est pourvu d'un tuteur local, chargé de veiller à ses intérêts, sous la surveillance des autorités et suivant les règles du pays. — En Angleterre, on commence à reconnaître au père français un pouvoir égal au père anglais, au moins en ce qui concerne l'administration des biens et l'exercice des

(5) Voir Story, *Conflict of laws*, § 499-504. — Wharton, *Conflict of laws*, § 269. — *Journal Clunet*, 1879, p. 521.

actions mobilières (6). Mais pour tout ce qui touche aux aliénations, le principe de la réalité est maintenu absolu et implacable.

Les Pays-Bas et certains cantons suisses, notamment celui de Glaris (art. 263) (7), ont également une tendance réaliste très marquée.

La majorité des pays européens fait au contraire prédominer le principe de la personnalité, notamment l'Italie (8), l'Autriche (9), la Pologne (10), la Belgique et la France (11).

L'Allemagne, tout en écartant l'idée purement réaliste, ne règle pas le statut personnel d'après la nationalité, mais bien d'après le *domicile*. Mais quel domicile ? Suivant Savigny (12), la puissance paternelle serait régie par la loi du domicile actuel du père. Il est inutile d'insister sur les inconvénients et même les absurdités, auxquels peut aboutir un

(6) Les Tribunaux anglais prétendent avoir à cet égard un pouvoir discrétionnaire (*Journal Clunet*, 1881, p. 312).

(7) Art. 263 : « Les Suisses d'autres cantons, ou les étrangers domiciliés à Glaris, sont assimilés aux indigènes quant à la Haute tutelle. Elle ne s'exerce sur les Glarons du dehors que dans les cas où l'autorité du domicile ne s'en charge pas ».

(8) Art. 6 du Code italien. — *Journal Clunet*, 1880, p. 340. — Laurent, VI, 23.

(9) Arrêt de la Cour suprême d'Autriche du 4 janvier 1870. (*Journal Clunet*, 1876, p. 73). Les Tribunaux autrichiens sont déclarés incompetents pour autoriser l'aliénation d'immeubles situés dans leur ressort, mais appartenant à des mineurs n'ayant pas la nationalité autrichienne.

(10) Arrêt du Sénat de Varsovie, 1873 (*Journal Clunet*, 1874, p. 48).

(11) Voir les arrêts ci-dessous cités, et aussi Liège, 31 décembre 1879 (*Journal Clunet*, 1880, p. 87.)

(12) Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, VIII, § 380.

pareil système. Tout ce qui touche à la protection des incapables doit être tranché d'après la race, la nationalité des individus, et non pas en raison d'un domicile plus ou moins changeant et aléatoire.

Si le père et l'enfant n'ont pas la même nationalité, c'est le statut personnel de l'enfant qui doit être appliqué. Cette solution qui peut présenter des difficultés en matière d'usufruit légal (13), nous semble incontestable lorsqu'il s'agit seulement de l'administration.

Il convient maintenant d'examiner si la règle posée s'applique aux *formes*, suivant lesquelles devra s'opérer l'aliénation d'un immeuble appartenant à un mineur étranger. — On a dit que les formes d'un acte juridique dépendent de la loi du lieu où les biens sont situés. — Cela n'est pas absolument exact. Il faut en effet distinguer entre les diverses formes des actes. Il y en a de plusieurs natures : il y a d'abord les *formalités intrinsèques* ou *instrumentaires* qui sont certainement régies par la règle « *Locus regit actum* » ; mais il y a aussi les *formes habilitantes*, c'est-à-dire celles que la loi a établies pour la perfection d'un acte à raison de la capacité des personnes qui y figurent ; par exemple l'autorisation du conseil de famille, l'homologation ou l'autorisation du Tribunal. Bien que le Code (art. 468) les qualifie lui-même de *formalités*, ce sont là de véritables *conditions* qui tiennent à la capacité de l'in-

(13) Conf. Cassation, 13 janvier 1873 (Sir. 73, 1, 13); Bourges, 4 août 1874 (Sir. 75, 2, 60); Alger, 10 juin 1875, et Cassation, 14 mars 1877 (Sir. 78, 1, 25); Aix, 24 janvier 1878 (Sir. 78, 2, 240); *Journal Clunet*, 1878, p. 167.

dividu. Elles devront donc être accomplies suivant la loi nationale et dans le pays d'origine. Peu importe la situation des biens; c'est le conseil de famille, c'est le Tribunal civil, c'est le Tribunal des orphelins du mineur qui devront donner l'autorisation. — Ajoutons que ces autorisations émanées de juridictions étrangères sont des actes de juridiction gracieuse, qui n'ont pas à être rendus exécutoires par les Tribunaux de la situation des biens.

La question est d'ailleurs fort controversée. Les Cours de Berlin (15), de Bruxelles (16) et de Liège (17) se sont prononcées pour la personnalité. La Cour de Gand et la Cour de Liège (18) avaient antérieurement admis la réalité. — Le dernier monument de jurisprudence est un jugement du Tribunal de Verviers du 21 décembre 1876 (19). Voici l'hypothèse : Il s'agissait d'aliéner, à Verviers, des biens appartenant à un mineur prussien de la ville de Juliers, où l'autorisation du conseil de famille seul suffit pour l'aliénation. On demandait au Tribunal l'homologation. Le Tribunal, tout en se reconnaissant compétent, refuse cette homologation. Il déclare que l'art. 457, concernant l'avis de parents, relève du statut personnel, mais que l'homologation (art. 458), rentrant dans l'exécution, fait partie du statut réel. D'après lui, les tribunaux belges doivent veiller à ce que les intérêts des mineurs étrangers ne soient pas compromis, et peuvent apprécier si la délibération d'un conseil de famille étranger doit recevoir son

(15) Savigny, *System des romischen Rechts*, VIII, p. 345.

(16) Bruxelles, 25 juillet 1865 (*Pasicr.* 66, 2, 55).

(17) Liège, 5 janvier 1867 (*Pasicr.* 63, 2, 29).

(18) Gand, 1841 ; Liège, 29 novembre 1864 (*Pasicr.* 65, 2, 68).

(19) *Journal Glunet*, 1878, p. 520.

exécution en Belgique.—Il y a là une erreur évidente. L'art. 458 fait partie du statut personnel au même titre que l'art. 457 ; l'homologation et l'autorisation ne peuvent pas être de statut différent, puisqu'elles forment au fond un seul et même acte. L'homologation n'est que l'approbation de l'autorisation ; ce n'est pas une mesure d'exécution. — D'autre part, les tribunaux belges ne sont pas chargés de veiller aux intérêts des mineurs prussiens (20).

Le statut réel ne serait en jeu que pour les *formalités proprement dites* de l'aliénation (mise aux enchères, affiches, intervention de l'officier public). En ce qui concerne ces formes et le lieu même de la vente, on a pu dire que « *locus regit actum* ». — Et encore pourrait-on très bien soutenir que ces dispositions, ayant essentiellement pour but la protection des incapables, sont de statut personnel (21). — Le mieux pourtant est de laisser au tribunal qui autorise, la faculté de décider que la vente sera effectuée soit dans le lieu d'origine, soit dans le lieu de la situation, suivant le plus grand intérêt du mineur. Il faut tenir compte en effet de l'impossibilité d'accomplir, à l'étranger, certaines formes françaises, du peu de garanties que peut présenter la loi étrangère, et en même temps de l'utilité qu'il peut y avoir de vendre les biens dans le lieu de leur situation.

(20) Conf. Trib. de la Seine du 10 avril 1877 (*Journal Clunet*, 78, p. 275).

(21) Sic Laurent, VI, p. 220.

CHAPITRE II.

Projets de loi sur l'administration légale.

L'étude que nous venons de présenter nous a démontré la nécessité d'une réglementation nouvelle et plus complète de l'administration légale.

I. — L'attention du législateur contemporain a été attirée sur ce point lors de la deuxième délibération, au Sénat, du Projet de loi concernant *l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières du mineur*.

Dans la séance du 17 février 1880 (1), M. le sénateur Gazagne présenta et soutint un article additionnel ainsi conçu : « Art. 11. La présente loi sera
« applicable au père administrateur légal dans les
« cas : 1^o de séparation de corps obtenue contre lui ;
« 2^o de séparation de biens ; 3^o d'expropriation, et
« 4^o de faillite ou de déconfiture. — Les formalités
« prescrites par la loi seront surveillées par un cu-
« rateur ad hoc, dans les formes indiquées par l'ar-
« ticle 7 ».

Après avoir constaté les différences qui séparent l'administration légale de la tutelle, et tout en protestant contre toute idée de porter atteinte à la puissance paternelle, l'orateur soutint et démontra qu'il fallait prendre certaines précautions et garan-

(1) *Journal officiel*, février 1880, p. 1870.

ties contre le père. Ces garanties, disait-il avec raison, sont surtout nécessaires dans les hypothèses prévues par l'amendement. Celui qui cesse d'être bon époux, n'est pas loin de devenir mauvais père. Celui qui administre mal sa fortune, ou celle de sa femme, est suspect pour la bonne administration de la fortune de ses enfants. — Si l'article 386 enlève la jouissance au père contre qui le divorce a été prononcé, pourquoi ne pas prendre également contre lui des mesures relatives à l'administration ? — L'orateur, invoquant sa propre expérience notariale, ajoutait que le plus souvent, en fait, l'enfant ne possède des biens du vivant de ses père et mère, que lorsque le père a déjà commencé à être suspect aux yeux de sa propre famille. Si le père, en continuant sa mauvaise gestion, vient à prouver évidemment qu'il est incapable de bien gérer sa propre fortune ou celle de sa femme, s'il y a faillite, déconfiture, séparation de biens, ne faut-il pas mettre à l'abri la fortune de ses enfants ? — Lorsqu'une succession s'ouvre au profit d'un mineur, on oblige bien le père à faire inventaire ; mais la pratique notariale, sanctionnée par la jurisprudence, permet de ne pas coter et parapher les titres portés aux inventaires. Dès lors il n'y a aucune sauvegarde pour l'enfant vis-à-vis des créanciers du père.

Le rapporteur, M. Denormandie, tout en rendant hommage aux légitimes préoccupations de M. Gazez, fit observer que le but unique de la loi était de régler les pouvoirs du tuteur, et qu'il serait inopportun de trancher accidentellement la question très grave et très controversée de savoir quelles sont les obligations du père administrateur légal.

La loi actuelle, dit-il en substance, est faite uni-

quement contre les tuteurs ; or le père administrateur est plus qu'un tuteur. — En outre, les cas d'administration légale sont rares et constituent l'exception ; le plus souvent il s'agit de legs de minime importance. L'intérêt des enfants est donc limité. — L'amendement ne vise même pas tous les pères ; il prend seulement ceux qui sont dans certains cas exceptionnels. On ne peut faire reposer un texte de loi sur une exception. S'il y a quelque chose à faire relativement à l'administration légale, il faut apporter un projet de loi complet. On ne peut pas, par un amendement, résoudre indirectement une question de principe aussi considérable que celle de savoir ce qu'est réellement cette administration légale. D'après les travaux préparatoires qui sont d'accord avec la nature même des choses, il semble qu'il doive y avoir un abîme entre le père père et le père tuteur. — Enfin l'amendement serait une atteinte grave à l'autorité du père de famille, une mise en suspicion préconçue contre tous les pères.

Dans sa réplique, M. Gazagne fit remarquer, avec raison, que, d'après le rapport lui-même, la loi de 1806 et le décret de 1813 avaient été jusqu'alors applicables à l'aliénation des valeurs du mineur sous puissance. Or cette loi et ce décret sont abrogés par la loi nouvelle. Les garanties du mineur sous puissance seront donc diminuées sans aucune compensation. Pourquoi attendre une loi nouvelle, alors que l'on peut, dès à présent, lui donner cette compensation (2) ?

(2) L'événement a prouvé que M. Gazagne avait raison. Combien de fortunes de mineurs ont été englouties dans la

Le gouvernement, par l'organe de M. Cazot, ministre de la justice, crut devoir intervenir dans la discussion. L'amendement, dit-il, part de cette idée que la loi actuelle ne s'appliquerait pas au père administrateur. Or la question de savoir si les règles de la tutelle sont applicables à l'administration légale est fort controversée. On ne peut pas ainsi trancher incidemment une aussi grosse controverse. Il peut y avoir lieu de faire une loi générale sur l'administration légale; le gouvernement, ajoutait-il, est disposé à l'étudier, et à faire appel, s'il y a lieu, aux lumières du Conseil d'Etat.

En présence de cette déclaration, M. Gazagne retira son amendement.

II. — Conformément à ses engagements, le gouvernement invita le Conseil d'État à examiner : 1° s'il n'y aurait pas lieu d'étendre, dans certains cas, au père administrateur les règles édictées par la loi nouvelle; et 2° la question plus générale de savoir s'il ne conviendrait pas, pour résoudre législativement des questions controversées en jurisprudence et en doctrine, d'adopter certaines dispositions de loi, destinées à régler d'une façon plus précise que ne l'a fait le Code civil la matière de l'administration légale.

Après un examen approfondi, le Conseil d'État a adopté un PROJET DE LOI qui a été présenté à la Chambre des députés par M. Cazot, dans la séance du 26 novembre 1881 (3). Il est ainsi conçu :

crise financière de 1882, qui seraient restées intactes, si le père n'avait pas eu le libre pouvoir de les employer en valeurs de spéculation !

(3) *Journal officiel, Documents parlementaires. Chambre des*

Article unique. — L'article 389 du Code civil est complété par les dispositions suivantes :

« Le père administrateur ne peut faire aucun
« acte excédant l'administration des biens de ses
« enfants mineurs, sans recourir à une autorisation
« de justice donnée par le tribunal en chambre du
« conseil.

« Sont considérés comme excédant l'administra-
« tion et soumis par suite à l'autorisation précé-
« dente, tous les actes d'aliénation, de conversion et
« d'emploi de valeurs mobilières, prévus par les
« art. 1, 3, 4, 5, 6, et 10 de la loi du 27 février 1880.
« La conversion et l'emploi seront accomplis dans
« le délai de trois mois, à partir du jour où les biens
« seront advenus au mineur.

« Le père administrateur peut, sur sa demande,
« en cas d'infirmités graves, être déchargé par le tri-
« bunal de son administration. Il peut, sur la de-
« mande des parents des mineurs, ou sur l'initiative
« du ministère public, en être privé par le tribu-
« nal pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité
« ou d'infidélité. Dans tous les cas où le père admi-
« nistrateur a été déchargé ou privé de son admi-
« nistration, le tribunal, à la requête des parents du
« mineur ou sur l'initiative du ministère public,
« désigne en chambre du conseil la mère ou un
« tiers administrateur pour le remplacer. »

Ce projet, tout en contenant de très sérieuses améliorations, est certainement incomplet et parfois critiquable.

députés. Annexe n° 135, p. 1834 (décembre 1881). — Le projet de loi est précédé d'un exposé des motifs, qui contient plusieurs inexactitudes relativement aux législations étrangères.

1^o/ Il consacre d'abord le principe de la distinction *absolue* de l'administration légale et de la tutelle. Il écarte en conséquence toute intervention du conseil de famille. C'est le *tribunal en chambre du conseil*, qui autorise le père à faire les actes *excédant l'administration*. Cette solution est équitable bien qu'elle puisse être contestée.

Mais immédiatement se pose la question de savoir quels sont les actes excédant l'administration ? Or le projet ne la résout pas. Si l'on se reporte à l'exposé des motifs, on voit que le gouvernement entend par là les *ventes immobilières, les constitutions d'hypothèques, emprunts, acceptations de successions, partages d'immeubles ou d'universalités, actions immobilières, transactions*. Les distinctions admises en matière de tutelle sont donc écartées. Il eût peut-être fallu le dire plus explicitement. — Le projet y joint l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières. Rien de mieux assurément. Mais le paragraphe manque de clarté et de précision, et les renvois, assez inexacts d'ailleurs, à certains articles de la loi de 1880, pourront donner lieu à des difficultés ; leur texte ne pourrait s'appliquer à l'administration du père qu'en subissant des modifications importantes de rédaction. — Ne semble-t-il pas, d'ailleurs, singulier d'exiger l'autorisation du tribunal pour certains actes, pour l'accomplissement desquels la simple autorisation du conseil de famille suffit au tuteur ? Il est vrai que c'est la conséquence même du système général adopté. Ce système a en outre l'inconvénient d'occasionner parfois des frais et des retards fâcheux. — Il se trouvera certainement quelqu'un pour proposer à tous ces points de vue l'assimilation pure et

et simple à la tutelle, et le rétablissement du *conseil de famille* (3 bis).

2°/ Le projet complète en second lieu la législation actuelle dans un autre ordre d'idée. Il admet des causes d'excuse et de destitution du père. — C'est une importante lacune de comblée.

Mais le texte suscite bien des observations. Le mot « *infirmités graves* », est trop limitatif. Il eût mieux valu dire « causes graves ». — De même pour la *destitution* : si le tribunal est souverain juge, pourquoi limiter par un texte les hypothèses, ce qui souvent oblige les juges à forcer l'interprétation de ce texte ? Que fera-t-on dans les cas d'impossibilité, d'absence et autres à prévoir ? Quid dans le cas de faillite que prévoyait l'amendement Gazagne ? Quid aussi en cas de divorce ou de séparation de corps ?

Il paraît difficile d'admettre que l'initiative de la destitution du père puisse être prise *par un parent quelconque* du mineur : ce serait exposer le père à des demandes souvent injustes et vexatoires.

D'après l'Exposé des motifs, c'est à la mère que la gestion devait être confiée *à défaut du père*. Le texte du projet semble au contraire laisser au Tribunal la faculté de nommer indistinctement la mère ou un tiers étranger. Cette seconde solution est peut-être préférable. En tout cas le texte devrait être d'accord avec la pensée du gouvernement.

Si l'on confie l'administration à un *tiers*, pourquoi

(3 bis) Etant donné le peu d'influence que la mère exerce en fait sur l'administration des biens, pourquoi établir une si profonde différence entre les deux situations ? Le père survivant est bien contrôlé par un conseil de famille, sans que pour cela l'on puisse dire qu'une atteinte bien sérieuse est portée à son autorité paternelle.

ne pas lui appliquer les règles et les garanties de la tutelle ?

3°/ La troisième grosse question que soulève l'article 389, celle de la validité de la clause de non administration, n'est pas abordée dans le projet Cazot. Pourquoi ne pas donner une solution législative sur un point capital, que presque toutes les législations étrangères ont cru devoir trancher ?

La solution devrait être dans le sens de la validité. La question elle-même comprend plusieurs questions subsidiaires qu'il importerait peut-être de résoudre.

4°/ Il est enfin plusieurs points délicats et controversés sur lesquels le projet du gouvernement omet de statuer : question de l'inventaire et de sa sanction, question des oppositions d'intérêts entre père et fils, etc..., toutes hypothèses où les solutions deviendront d'autant plus difficiles devant les tribunaux, qu'en écartant toute assimilation avec la tutelle le projet écarte en même temps l'argument d'analogie, qui en certains cas paraissait probant.

Sans doute, il est impossible qu'une loi dise tout, et tranche toutes les controverses de la matière. Mais encore faut-il que les principes généraux posés donnent des éléments suffisants pour la solution des questions principales. L'art. 389, tel qu'il est modifié par le projet Cazot, nous semble encore insuffisant.

III. — Dans le louable désir de répondre aux critiques, que soulevait naturellement le projet de loi, un député, M. Bisseuil, est tombé dans l'excès contraire. Le 15 décembre 1881 (4), il a déposé sur le bureau

(4) *Journal Officiel, Documents parlementaires, Chambre des Députés, Annexe n° 253, page 1979 (décembre 1881).*

de la Chambre des députés un CONTRE-PROJET, qui constitue une véritable loi nouvelle et ne comprend pas moins de 19 articles. En voici le texte :

Art. 1^{er}. — Pendant toute la durée du mariage, l'administration des biens personnels des enfants mineurs qui en sont issus, appartient au père, ou à son défaut à la mère.

Art. 2. — Le père administrateur peut, sur sa demande et *pour des motifs graves*, être déchargé de son administration.

Si le père n'a pas la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs, il peut, sur la plainte des autres parents de ceux-ci, ou d'office, mais *dans tous les cas sur la requête du ministère public*, être privé de l'administration pour cause d'inconduite notoire, d'absence prolongée, d'incapacité, d'infidélité ou de manquement grave aux obligations imposées par la présente loi.

S'il a la jouissance légale, le père peut être tenu, dans les cas spécifiés au paragraphe qui précède, de *fournir caution* dans un délai imposé par le tribunal. S'il ne satisfait pas à cette obligation, le tribunal peut prononcer sa *double déchéance* d'administrateur et d'usufruitier légal.

Dans les cas divers de dispense ou de déchéance qui viennent d'être prévus, le *tribunal confie l'administration à la mère*.

ART. 3. — Si la mère, investie judiciairement de l'administration, en est elle-même dispensée ou déclarée indigne en conformité de l'article précédent, le tribunal prononce la *mise en tutelle* de la personne et des biens des mineurs. — Après quoi, il est procédé conformément aux règles prescrites en matière de tutelle par les articles 406 et suivants du Code civil, et la loi du 27 février 1880.

ART. 4. — Au cas où le père serait déclaré déchu de la jouissance légale, si l'administration passe aux mains d'un tuteur, celui-ci demeurera comptable envers le père des revenus nets des biens jusqu'à l'âge de 18 ans du mineur, ou jusqu'à son émancipation si elle a lieu avant cet âge. Le compte sera rendu *annuellement*, à l'époque qui sera fixée par le jugement déclaratif de l'ouverture de la tutelle.

ART. 5. — Si le père ou la mère n'est dans aucun des cas de dispense ou d'indignité prévus plus haut, et s'il est donné ou légué à l'enfant mineur des biens *sous la condition qu'ils ne seront ni administrés par le père ou la mère, ni soumis à l'usufruit légal de ceux-ci*, lesdits biens, à défaut d'indication d'un administrateur dans l'acte de libéralité, seront administrés par un *tuteur ad hoc*, qui sera nommé en les formes prescrites aux articles 406 et suivants du Code civil. *L'émancipation de l'enfant* par le père ou la mère, en les formes légales, *fera cesser l'administration du tuteur ad hoc, nonobstant toute stipulation contraire* de la part du donateur ou du testateur.

ART. 6. — L'administrateur est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

Il administre en bon père de famille, et répond des dommages qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

ART. 7. — Tout administrateur est tenu de *faire inventaire* des meubles ou valeurs mobilières de toute nature qui seront advenus aux mineurs, ou qui leur adviendront au cours de l'administration. Cette opération sera faite à la requête de l'administrateur, *en présence d'un tiers* chargé au même titre

que le subrogé-tuteur en matière de tutelle d'en contrôler l'exactitude. Ce dernier sera nommé sur requête ou d'office par le juge de paix. La fonction de ce préposé cessera par le fait seul de la confection de l'inventaire. Il est autorisé à requérir cette formalité, à défaut par l'administrateur de satisfaire à cette obligation.

ART. 8. — L'étendue des droits de l'administrateur des biens des mineurs pendant le mariage est soumise *aux seules restrictions ci-après* :

L'administrateur ne peut aliéner les immeubles du mineur, que dans les formes prescrites par les articles 954 et suivants du Code de procédure civile pour l'aliénation des biens de mineurs. Toutefois il ne sera pas nécessaire de recourir à l'avis préalable du Conseil de famille. — Il ne peut, sans une autorisation préalable du tribunal de première instance, aliéner les rentes, actions, parts d'intérêts, créances, obligations et autres *meubles incorporels quelconques*, appartenant aux mineurs, ou en consentir la cession.

Il ne peut, sans la même autorisation, *ni accepter, sice n'est sous bénéfice d'inventaire, une succession pour le mineur*, ni emprunter pour lui, ni hypothéquer des immeubles. Ces autorisations ne devront être accordées que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

ART. 9. — L'aliénation des valeurs énumérées au § 3 de l'article qui précède sera opérée par le ministère d'un agent de change, au cours moyen du jour, toutes les fois que les valeurs seront négociables en Bourse.

ART. 10. — Le père administrateur *ne peut se rendre acquéreur ou adjudicataire des biens ou des valeurs appartenant au mineur*, et dépendant de son adminis-

tration, et il en est de même de la mère investie de l'administration.

ART. 11. — L'administrateur devra, dans les trois mois du jour où aura commencé son administration, *convertir* en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur. — Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient aux mineurs de quelque manière que ce puisse être, et ce dans le même délai de 3 mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. Le tribunal civil pourra, s'il y a lieu, proroger ce délai. — Lorsque, soit par leur nature, soit à raison des conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, l'administrateur devra, dans le même délai de trois mois, obtenir du tribunal l'autorisation soit de les aliéner, soit de les conserver; dans ce dernier cas, le tribunal pourra prescrire le *dépôt* des titres au porteur au nom du mineur, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit dans la caisse d'une société, soit entre les mains d'une personne spécialement désignée. — Les délais ci-dessus ne sont applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

ART. 12. — L'administrateur devra, dans le même délai de trois mois, *faire emploi* des capitaux appartenant au mineur, ou qui lui adviennent par succession, donation ou autrement. Le tribunal pourra proroger ce délai. Il pourra également ordonner que les capitaux seront déposés, comme il est dit en l'article précédent. — Si l'emploi est fait en valeurs de bourse ou de banque, les titres seront nominatifs. — *Le tribunal déterminera la somme à laquelle commencera pour l'administrateur l'obligation d'employer*

les capitaux. Il pourra également, mais seulement quand l'administrateur n'aura pas la jouissance légale des biens du mineur, faire la même détermination en ce qui concerne les revenus. — A défaut d'emploi dans le délai sus-imparti, l'administrateur qui n'aura pas la jouissance légale devra *l'intérêt* à 5 0/0 des sommes non employées, qu'il n'aurait pas été autorisé ou fondé en droit à conserver. *Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi.*

ART. 13. — La *conversion* de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.

ART. 14. — Si l'administrateur a à exercer des réclamations à l'encontre du mineur, et réciproquement, *il est pour cet objet nommé à celui-ci par le tribunal un administrateur ad hoc*, sur la requête du ministère public. Les fonctions de cet administrateur spécial cessent en même temps que la cause qui aura occasionné sa nomination.

ART. 15. — Les administrateurs entrés en fonction antérieurement à la promulgation de la présente loi seront tenus de s'y conformer.

ART. 16. — Les décisions du tribunal qui surviendraient par application de la présente loi, seront rendues *sur requête*, en chambre du conseil, le ministère public entendu. — Dans les cas spécifiés aux § 2, 3, et 4 de l'art. 2, et à l'art. 3 § 1 ci-dessus, le père ou la mère sera, à la requête soit du parent qui aura fait la plainte, soit du ministère public, *appelé devant le tribunal en chambre du conseil, sur citation délaissée à personne ou à domicile.* — Les incidents auxquels ces procédures pourraient donner lieu seront instruits et jugés *comme en matière sommaire.*

ART. 17. — Le tribunal pourra, par le jugement qui autorisera les aliénations de biens ou de valeurs appartenant au mineur, *prescrire l'emploi des deniers à en provenir et toutes autres mesures de protection ou de conservation qu'il jugera utiles.*

ART. 18. — L'art. 389 du Code civil est abrogé.

ART. 19. — Les dispositions de la présente loi seront applicables à l'Algérie, etc...—Les délais seront augmentés, s'il y a lieu, des délais supplémentaires fixés à raison des distances par la loi du 3 mai 1862.

Ce projet contient des inutilités et des longueurs qui frappent à première lecture. Il pourrait être considérablement élagué et réduit à quelques articles seulement. — En outre plusieurs solutions sont fort discutables (voir notamment, l'art. 2 § 3 in fine, l'art. 4 in fine). — Notons aussi une erreur grave. L'art. 8 § 1 semble dire que tous les actes, que le projet ne soumet pas à des restrictions, doivent être permis à l'administrateur en toute liberté. Or il est certains actes, comme la transaction, le partage, les actions immobilières, le compromis, qui sont complètement passés sous silence. Faut-il donc en conclure que le père pourra librement y procéder seul ? Ce n'est évidemment pas la pensée de l'auteur de la proposition.

Constatons avec regret que les projets Cazot et Bisseuil, déposés depuis trois ans et demie, n'ont pas encore été discutés, et ne sont pas près de l'être (5).

(5) Nous devons signaler également un PROJET DE LOI sur la *Protection de l'enfance*, dont l'adoption aurait indirectement pour effet d'étendre singulièrement les cas de déchéance de l'administration légale. (Voir le rapport de M. Roussel, J. Of. avril 1883, documents parlementaires, Sénat p. 581). Le projet

IV. — Nous devons en terminant citer un dernier document d'une haute importance; c'est l'AVANT-PROJET DE RÉVISION DU CODE BELGE, rédigé par

adopté par le Sénat après une longue discussion dans la séance du 10 juillet 1883, et porté à la Chambre par M. Martin Feuillée (*Doc. parl.*, Chambre, p. 1418) a été récemment discuté et modifié par cette dernière assemblée. Citons seulement les art. 20 et 21, 22, 28 et 29 qui ont trait directement à la déchéance paternelle. — L'art. 20, énumérant les droits dont le père sera privé en cas de *déchéance de plein droit*, cite notamment l'art. 389. *La déchéance aurait lieu de plein droit*: 1° en cas de condamnation des parents par application de l'art. 334, § 2 du Code pénal; 2° en cas de condamnation en récidive, soit comme auteurs, coauteurs ou complices de crimes ou délits commis sur la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants, soit comme coauteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants. — L'art. 21 admet la *déchéance facultative ou suspension temporaire de 1 à 5 ans*: 1° en cas de condamnation pour crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 du Cod. pénal; 2° en cas de condamnation pour la seconde fois pour vol, abus de confiance, escroquerie, adultère ou entretien de concubine au domicile conjugal, excitation habituelle des mineurs à la débauche, outrage public à la pudeur, outrage aux bonnes mœurs, séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant, *mendicité, vagabondage*; 3° en certains cas de condamnation pour *ivresse habituelle*, pour emploi de l'enfant dans une profession ambulante (lois de 1873 et 1874); 4° en dehors de toute condamnation, à l'égard des père et mère dont l'inconduite grave et prouvée serait de nature à compromettre, soit la sécurité, soit la santé, soit la moralité des enfants. — D'après l'art. 22, l'action en déchéance pourrait être intentée par la mère, les ascendants, le ministère public. — L'art. 28 permet aux tribunaux qui prononcent la déchéance du père de confier les pouvoirs à la mère. A défaut de la mère, il y a *tutelle* (art. 28 et 29).

Nous croyons, avec de nombreux adversaires de la loi, que, sous prétexte de protéger l'enfant, elle porte une atteinte exagérée à la puissance paternelle et dépasse souvent le but pro-

M. Laurent dans ces dernières années (6). L'illustre professeur de l'Université de Gand consacre 6 articles à l'administration légale.

ART. 364 (*de l'Avant-projet*). — Le père, durant le mariage, représente ses enfants mineurs dans tous les actes de la vie civile. Il administre leurs biens en bon père de famille. *La mère concourt à tous les actes qui ne sont pas d'administration journalière.*

ART. 365. — Sont considérés comme *actes d'administration* à l'égard des père et mère, les actes énumérés en l'article 447 (7).

Le père ne peut faire les *actes de disposition* énumérés en l'article 448 (8), qu'avec l'autorisation

posé. — En ce qui concerne spécialement son effet sur l'administration légale, remarquons qu'on peut être malhonnête homme et fort bon administrateur surtout de la fortune de ses propres enfants. On a donc tort de prononcer la déchéance ou la suspension *en bloc* de tous les droits énumérés dans l'art. 20.

(6) Bruxelles, 4 volumes, 1882-1884, contenant l'exposé des motifs et le texte remanié des 1429 premiers articles du Code civil.

(7) Ce sont tous actes pour lesquels le tuteur est tenu de demander l'autorisation du conseil de famille : 1° recevoir les capitaux du mineur et en faire emploi ; 2° acquérir des biens, meubles ou immeubles, sauf quand il s'agit d'achats concernant les besoins journaliers du mineur ou l'administration de ses biens ; 3° faire des constructions neuves, des reconstructions ou de grosses réparations ; 4° faire des baux excédant 9 ans (les effets de ces baux sont réglés par le titre du louage) ; 5° accepter une hérédité, un legs ou une donation ; 6° demander un partage même provisionnel. Le tuteur peut répondre à une action en partage sans y être autorisé.

(8) 1° Aliéner les biens *meubles ou immeubles* du mineur, les grever de droits réels, emprunter ; 2° répudier une succession ou un legs ; 3° intenter une action relative aux droits mobiliers ou immobiliers du mineur, s'en désister, y défendre, acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, transiger ou *com-promettre*.

du *tribunal*, donnée en la chambre du conseil. Cette autorisation ne peut être accordée que pour cause de nécessité ou d'un avantage évident.

Ou appliquera au père administrateur les dispositions du titre de la tutelle, concernant la *vente* des biens meubles ou immeubles, ainsi que celles qui obligent le tuteur à faire *emploi* des revenus et des capitaux du mineur.

ART. 366. — Si les intérêts de l'enfant sont en opposition avec ceux du père, ou avec ceux d'un autre enfant soumis à la même autorité, il sera nommé aux enfants un *curateur ad hoc* par le Tribunal du domicile du père.

ART. 367.— Le père doit faire, dans le mois, *inventaire* des biens qui étoient aux enfants. On appliquera au père administrateur les dispositions du titre de la tutelle concernant l'inventaire. Il est comptable de la propriété et des revenus (9). Il peut porter en compte les frais d'éducation.

Le père répond de sa gestion ainsi que la mère pour les actes auxquels elle concourt.

Les dispositions des art. 466 et 469 sont applicables au père et à la mère (10).

(9) M. Laurent supprime la distinction de l'article 389 du Code civil actuel. Le père est toujours comptable de la propriété et *des revenus*. L'Avant-projet ne maintient pas en effet l'usufruit légal des père et mère.

(10) L'art. 466 de l'Avant-projet est l'art. 472 du Code civil français un peu modifié.

L'art. 469 reproduit en partie notre article 475. Il est ainsi conçu : « Toute action du mineur relative à la gestion de la tutelle se prescrit par dix ans. Il en est de même des actions du tuteur ou de ceux qui ont géré la tutelle pour le compte du mineur... Les dix ans commencent à courir à compter de la majorité ou de la mort du pupille. Dans le cas de l'article

ART. 368. — Les donateurs ou testateurs peuvent mettre comme condition aux libéralités qu'ils font à un mineur, *que l'administration des biens appartiendra à un curateur* par eux désigné. Celui-ci rendra chaque année compte de sa gestion aux père et mère. Si son administration cesse pendant la minorité de l'enfant, il sera remplacé par le tribunal.

ART. 369. — Les actes faits par les père et mère dans les limites de leur pouvoir, ne peuvent être rescindés pour cause de lésion. Les actes faits par le père sans l'observation des conditions prescrites par la loi sont *nuls de droit*.

On voit par la simple lecture de ces quelques articles, les grandes lignes de la réforme proposée. Le projet est à certains points de vue excellent. — Mais il a le tort de ne pas prévoir les cas de dispense ou de destitution du père. — Le concours de la mère, jouant le rôle de conseil de famille, est une innovation qui peut être approuvée en théorie. Mais cette intervention si légitime n'est-elle pas encore bien contraire à nos mœurs actuelles? — L'art. 368, qui valide la clause de non administration, était d'autant plus utile à insérer au projet, que la jurisprudence belge est formelle en sens contraire.

Quoi qu'il advienne d'ailleurs de ce projet, il est évident que sa rédaction actuelle, correspondant à une réforme complète du Code belge et renvoyant à divers articles du nouveau titre de la Tutelle, ne pourrait être appliquée en France qu'avec de nombreuses modifications.

466, la prescription ne court qu'à partir de l'annulation de la convention. »

POSITIONS

Droit romain.

1^o — Le principe de la représentation n'existe pas sous Justinien.

2^o — Le simple pacte n'engendre pas d'obligation naturelle.

3^o — A la différence du filius, la filia familias pubère est incapable de s'obliger.

4^o — La complicité frauduleuse est exigée chez la femme, comme chez le mari, pour que la constitution de dot puisse être attaquée par l'action paulienne.

Droit français.

1^o — La femme ne peut pas, par son contrat de mariage, se rendre incapable de s'obliger avec l'autorisation de son mari.

2^o — L'action en garantie du propriétaire de l'édifice, contre l'entrepreneur qui l'a construit, est prescrite par 10 ans à dater de la réception des travaux.

3^o — Les aliénations consenties par l'héritier apparent ne sont pas valables.

4^o — La condition que le père n'aura pas l'administration des biens légués à son fils doit dans tous les cas être réputée non écrite.

Autres droits.

1^o — La femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

2° — La société commerciale entre époux séparés de biens est, en principe, valable.

3° — Les édifices affectés à un service public ne rentrent pas, sauf exceptions, dans le domaine public.

4° — La responsabilité du concessionnaire d'une mine n'est pas régie par les principes du droit commun.

VU :

Le Président,
CH. FLURER.

VU :

Lyon, le 8 décembre 1884.

Le Doyen,
E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,
EM. CHARLES.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION GÉNÉRALE	I
---------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

Du pécule adventice.

	Pages
CHAPITRE I ^{er} . — Antécédents et origine du pécule adventice	1
CHAPITRE II. — Création et extensions du pécule adventice. Ce qu'il comprend.	20
§ 1. Bona materna	20
§ 2. Bona materni generis.	27
§ 3. Bona quasi materni generis.	34
§ 4. Bona matrimonialia.	36
§ 5. Bona quasi matrimonialia.	39
§ 6. Omnia bona non ex substantiâ patris adquisita. Législation de Justinien.	43
CHAPITRE III. — Comment s'acquiert le pécule adventice.	52
§ 1. Successions	52
§ 2. Autres modes d'acquisition.	60
CHAPITRE IV. — Des droits respectifs du père et du fils sur le pécule adventice.	62
§ 1. Usufruit légal du père	62
§ 2. Administration légale. Capacité du fils de famille	65

	Pages
§ 3. Garanties établies en faveur du fils.	83
CHAPITRE V. — Comment cesse le pécule adventice. Ce qu'il devient	95
CHAPITRE VI. — Du pécule adventice extraordinaire. . .	105

DEUXIÈME PARTIE. — ANCIEN DROIT.

Destinées du pécule adventice en France.
— Législation coutumière. — Droit inter-
médiaire.

CHAPITRE I ^{er} . — Gaulois, Gallo-Romains et Barbares. . .	113
§ 1. Gaulois et Gallo-Romains.	113
§ 2. Barbares.	120
CHAPITRE II. — Époque féodale. Premières coutumes. Le Midi et le Nord de la France jus- qu'au xvi ^e siècle.	126
§ 1. Le Midi	128
§ 2. Le Nord	138
§ 3. Notions sur la garde.	148
CHAPITRE III. — Du xvi ^e siècle à la Révolution	153
§ 1. Le Midi	153
§ 2. Le Nord.	170
§ 3. Questions mixtes.	193
CHAPITRE IV. — Période intermédiaire. Discussion et rédaction du Code civil	197

TROISIÈME PARTIE. — DROIT FRANÇAIS.

De l'administration légale.

PRÉAMBULE.	219
CHAPITRE I ^{er} . — Caractères généraux de l'administra-	

	Pages
tion légale. Interprétation de l'article 389.	225
§ 1. L'administration légale, attribut de la puissance paternelle, est conçue dans l'intérêt de l'enfant.	225
§ 2. Elle appartient au père, et à son défaut à la mère	228
§ 3. Ce n'est pas une tutelle. — Conséquences générales	232
§ 4. Systèmes divers d'interprétation de l'art. 389. Système adopté	241
§ 5. L'administration légale est d'ordre public	274
CHAPITRE II. — Droits et obligations du père <i>au début</i> de l'administration légale	
§ 1. Le père doit-il faire inventaire?	289
§ 2. Doit-il donner caution?	294
§ 3. Doit-il vendre le mobilier corporel?	295
CHAPITRE III. — Droits et obligations du père <i>pendant</i> l'administration légale.	
§ 1. Actes d'administration.	302
§ 2. Actes de disposition.	321
§ 3. Oppositions d'intérêts entre le père et le fils.	328
§ 4. Des nullités.	341
CHAPITRE IV. — Droits et obligations du père <i>à la fin</i> de l'administration légale.	
§ 1 ^{er} . Reddition de comptes	342
§ 2. Appréciation de la responsabilité du père.	346
§ 3. Question de l'hypothèque légale	347
CHAPITRE V. — Des causes susceptibles d'éteindre ou de modifier l'administration légale	
SECTION I. — Causes ordinaires d'extinction.	353
SECTION II. — Causes extraordinaires d'extinction ou de modification	353
§ 1 ^{er} . Absence.	354
§ 2. Interdiction judiciaire	359

	Pages
§ 3. Interdiction légale et autres con- damnations pénales.	361
§ 4. Divorce et séparation de corps .	365
§ 5. Désaveu.	375
§ 6. Tutelle officieuse.	376
SECTION III. — Le père peut-il être excusé ou destitué?	377
APPENDICE. — Les père et mère naturels ont-ils l'ad- ministration légale?	391

QUATRIÈME PARTIE. — DROIT ÉTRANGER

Projets de loi sur l'administration légale.

PRÉAMBULE.	397
CHAPITRE I ^{er} . — Législations étrangères	400
SECTION I. — Pays se rattachant au Code civil fran- çais.	403
1 ^o Belgique	403
2 ^o Pays-Bas.	404
3 ^o États du Rhin.	407
4 ^o Pologne.	409
5 ^o Iles Ioniennes.	410
6 ^o Italie.	412
7 ^o Codes Américains : Louisiane, Haïti, Bolivie.	420
SECTION II. — Pays de droit romain modernisé . . .	421
1 ^o Grèce.	421
2 ^o Espagne	422
3 ^o Portugal	426
4 ^o Amérique du Sud. Spécialement Pérou	430
SECTION III. — Pays se rattachant au système alle- mand, mais avec de nombreux sou- venirs de Rome	432
1 ^o Empire d'Allemagne.	434

	Pages.
2 ^o Empire d'Autriche	443
3 ^o Suisse	451
SECTION IV. — Pays de mundium pur et pays assi- milés.	480
1 ^o Russie	481
2 ^o Pays Scandinaves	485
3 ^o Angleterre	488
4 ^o Etats-Unis d'Amérique	496
SECTION V. — Etats non civilisés	499
APPENDICE. — L'administration légale en droit inter- national privé	504
CHAPITRE II. — Projets de loi sur l'administration légale.	512
1 ^o Amendement Gazagne à la loi du 28 février 1880	512
2 ^o Projet Cazot	515
3 ^o Projet Bisseuil	519
4 ^o Projet Laurent	526
POSITIONS	531

— 537 —

